دولة الإمارات العربية المتحدة
حكومة دبي
دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث
دبي



سلسلة
الدراسات
الفقهية
(١)

التهذيب في اختصار المدونة

تأليف

أبي سعيد البراذعي
خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني
من علماء القرن الرابع الهجري

الجزء الثاني

دراسة وتحقيق

الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ
الباحث بدار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث بدبي


بسم الله الرحمن الرحيم

التَّهْذِيبُ
فِي اخْتِصَارِ المُدَوَّنَةِ

الطبعة الأولى

١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢م

دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث

الإمارات العربية المتحدة - دبي - هاتف : ٣٤٥٦٨٠٨ ، فاكس : ٣٤٥٣٢٩٩، ص.ب : ٢٥١٧١

الموقع www.bhothdxb.org.ae البريد الإلكتروني irhdubai@bhothdxb.org.ae

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد : فقد منّ الله علينا في دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث بدبي بتحقيق الجزء الأول من هذا الكتاب : « تهذيب المدونة » للإمام البراذعي ، وقد أخرجته الدار سنة ١٤٢٠ هـ = ١٩٩٩م ، ووعدت بإخراج بقية أجزائه .

فَسُرَّ به أهل العلم والفضل ، ولقي بينهم من الصدى الطيب والقبول الحسن ما يناسب قدره وقيمته العلمية ، كمعلم أثير ، وعقد ثمين في الفقه المالكي الخصيب ، مما جعل الكثير من أهل العلم والفقه يتطلعون بشوق شديد إلى استكماله ، ويستشرفون خروج بقية أجزائه .

ومنذ ذلك الوقت ودار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ممثلة في مديرها العام فضيلة الأستاذ الدكتور أحمد محمد نور سيف ـ حفظه الله ـ ، تستنهض الهمم ، وتوفر الإمكانات لإكمال هذا الكتاب في أقرب وقت وأفضل صورة ؛ ليتحقق الوعد ويكتمل البشر .

ووفاءً بالعهد وتحقيقاً لذلك الوعد ، فإننا نقدم اليوم إلى أهل العلم والفقه هذه الأجزاء الثلاثة المكملة لكتاب « التهذيب » ليكتمل الكتاب كله في أربعة أجزاء ، يتضمن كل جزء منها فهرساً مفصلاً للمسائل الفقهية ، أما الفهارس العامة فسنفردها في جزء مستقل يصدر لاحقاً بعد مراجعة الجزء الأول ـ إن شاء الله تعالى ـ .

وقد اتسم العمل في هذه الأجزاء الثلاثة بشيء من الاستيعاب والتحقيق الفقهي ، ميزها في بعض الجوانب عن الجزء الأول ، مما جعل بعض الاستدراكات تلوح لي على ذلك الجزء ، آمل أن أتداركها في الطبعة الثانية إن شاء الله تعالى .

ومن الأمور التي تميز بها تحقيق هذه الأجزاء :

أولاً : التتبع الكامل للمصطلحات التي كثيراً ما يستعملها الإمام مالك وتلميذه ابن

القاسم ، وهي على ثلاثة أقسام :

قسم قد يريدان به الوجوب وقد يريدان به الندب ، وذلك مثل قولهما : أُحِبُ ، وأَحَبُّ إليَّ ، ويَنْبَغي ، ويُعْجِبُني ، والأَعَجَبُ إليَّ ، والأَفْضَل ، والأَحْسَن ، وأَرَى .

وقسم قد يريدان به الحظر وقد يريدان به الكراهة ، مثل : أَكْرَهُه ، ولا يُعْجِبُني ، ولا يَنْبَغي ، ولا أُحِبُّ ، ولا أَرَى ، ولا يَصْلُح .

وقسم لا يأتي إلا للحظر فقط ، كقولهما : لا خير فيه .

فقد كان هناك تتبع لهذه المصطلحات ، وبيان لمدلولها الاصطلاحي ، والحكم الذي تفيده ، حسب الموضع الذي وردت فيه .

ثانياً : بيان المشهور والمعتمد الذي استقر عليه المذهب ، من أقوال مالك وابن القاسم أو غيرهما من أئمة المذهب ، فيما إذا اختلف مالك وابن القاسم ، أو اختلفا مع غيرهما ، أو اختلفت أقوال كل واحد منهما ، أو قال أحدهما بقول ثم رجع عنه ، حيث قد يكون المعتمد قول مالك ، وقد يكون قول ابن القاسم ، وقد يعتمد قول غيرهما ، وقد يكون المعتمد قول أحدهما الأول الذي رجع عنه ، وقد يعتمد قوله الأخير الذي رجع إليه .

وقد اعتمدت في التشهير في أغلب الأحيان على العلامة خليل في « مختصره » ، وشراح مختصره ، باعتبارهم يمثلون مرحلة الاستقرار في المذهب ، حتى إن القارئ ليلاحظ أن هناك ربطاً بين « مختصر خليل » ـ الذي يعتبر رابع مختصر للمدونة بعد مختصر ابن الحاجب ـ وبين « تهذيب البراذعي » ـ ثاني مختصراتها بعد مختصر ابن أبي زيد ـ ، وقد أردت بهذا الربط استكمال الفائدة للقارئ ، بحيث لا يحتاج إلى الرجوع إلى كتب المذهب الأخرى ، لمعرفة المشهور والمعتمد من الأقوال التي في هذا الكتاب ، وإنما يجد ذلك في حاشية الكتاب محققاً وموثقاً .

ثالثاً : توثيق الأقوال ونسبتها إلى أصحابها ، سواء كانوا من أصحاب الإمام مالك ، أو أقرانه ، أو شيوخه ، أو التابعين ، أو الصحابة ، وقد بذلت في ذلك جهداً مضنياً ، ولم يندّ عن هذا التوثيق إلا النزر القليل من الأقوال التي لم ترد لها نسبة في كتب المذهب .

رابعاً : المقارنة بين مسائل التهذيب وأصولها في المدونة التي هي الأم . وكذلك المقارنة بينها وبين مسائل التقييد لأبي الحسن الزرويلي ، الذي هو شرح التهذيب ، وقد كان لهذه المقارنات أثرها العلمي الواضح في هذا العمل .

هذا ما يتعلق بالجانب العلمي .

أما ما يتعلق بالأمور الفنية فإنني أنبه على أمرين :

أحدهما : أنني في بعض مراحل التحقيق عثرت على بتر خفي في أحد أجزاء نسخة القرويين التي جعلتها أصلاً ، ورمزت لها بـ (ق)، والتي هي أقدم النسخ وأصحها وأوضحها ، فاستعضت عنها في هذا القسم المبتور بالنسخة التونسية التي تقدم ذكرها في الجزء الأول ، وقد أطلقت عليها (ط) ، وهي نسخة المكتبة الوطنية بتونس ، وكانت أشبه النسخ بنسخة (ق) من حيث قدمها وصحتها ووضوح خطها .

ثانياً : أنني وجدت اختلافاً كبيراً في ترتيب الكتب بين نسخ التهذيب ، لا سيما في كتب الأنكحة والبيوع ، حيث يتقدم بعض الكتب على بعض في نسخة ويتأخر عنه في نسخة أخرى ، وهو اختلاف موجود حتى في نسخ المدونة المطبوعة حيث يختلف ترتيب كتبها من حيث التقديم والتأخير ، مما حدا بي إلى التوقف كثيراً عند مسألة الترتيب ، لأراعي الأمور التالية :

- أن يكون الترتيب المختار هو ما عليه أكثر النسخ وأقدمها .
- أن يكون الأقرب إلى ترتيب المدونة (نسخة محمد أفندي ساسي) ، التي هي أصح نسخ المدونة وأقدمها .
- أن يكون على وفق ترتيب الكتب والموضوعات الفقهية في المذهب في مرحلة المؤلف ، دون إغفال المناسبات الموضوعية بين الكتب والأبواب .

آملاً أن ينال هذا العمل القبول ويحظى بالرضا بين المهتمين وأهل الاختصاص .

وفي الختام : لا يفوتني أن أشكر من أسهم في خدمة هذا العمل العلمي من الإخوة العاملين بالدار ، وهم :

١ ـ الباحث : الدكتور عثمان عمر المحمد ، الذي كان معنا في مقابلة هذه الأجزاء .

٢ ـ مساعد باحث : الشيخ / أحمد عبد الله المغربي ، والشيخ / محمد ربيع الزين ، اللذين قاما بتصحيح تجارب الطبع ، وساعدا في المقابلة .

٣ ـ مساعد باحث : الشيخ / عامر عيادة أيوب الكبيسي ، الذي ساعد في المقابلة وتصحيح تجارب الطبع ، وقام بالصف والإخراج الفني للكتاب .

٤ ـ الكاتب بالدار : السيد محمد عبد العزيز عوض المهدي ، الذي قام بنسخ الكتاب من أصله المخطوط ، وساعد في المقابلة .

كما لا يفوتني أن أشكر الإخوة التالية أسماؤهم ، والذين شاركوا في المقابلة أو التصحيح والقراءة ، في بعض مراحل العمل ، وهم :

١ ـ الباحث أول : الشيخ أحمدنا ولد محمد مالك .

٢ ـ مساعد باحث : الشيخ محمد عبد الله التمين .

٣ ـ مساعد باحث : الشيخ سيد أحمد جمال نورائي .

ونرجو من الله سبحانه وتعالى أن يعين على السير في هذا الدرب ، وأن يتواصل العطاء من حسن إلى أحسن .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم على خير خلقه سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

المحقق

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد ، وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الصيد [1] ﴾

[في المعلم من الجوارح والتسمية]

والمعلَّم من كلب أو باز هو الذي إذا زُجر انزجر [2] ، وإذا أرسل [3] أطاع ، ولا بد من التسمية عند الرمي [4] ، وعند إرسال الجوارح وعند الذبح . فإن نسي في [5] ذلك كله التسمية أكل وسمى الله ، وإن ترك التسمية عامداً لم تؤكل [6] ، ومن

---

(١) يطلق الصيد ويراد به المصيد ، ويطلق ويراد به اسم الفعل ، وهو المراد في الترجمة ، كأنه قال : كتاب أحكام الاصطياد ، والصيد بمعنى الفعل ، عرفه ابن عرفة بأنه : أخذ غير مقدور عليه من وحش طير أو بر أو حيوان بحر بقصد . انظر : التقييد (٢/٣٦٢)، شرح حدود ابن عرفة (ص١٥٧) .

(٢) هذا الشرط غير معتبر في الباز ؛ لأنه لا ينزجر . قال ابن رشد : وليس قوله بخلاف ما في المدونة ؛ لأنه إنما أراد في المدونة ما كان يمكن من جوارح الطير أن يفقه الازدجار . قال الدسوقي : بل رجح بعضهم عدم اعتبار الانزجار مطلقاً ؛ لأن الجارح لا يرجع بعد استيلائه . انظر : المقدمات (١/٤١٨) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/١٠٤) .

(٣) في ط : وإذا أُشلِيَ .

(٤) في هـ : عند الذبح وعند الرمي .

(٥) في ز : فإن نسي عند ذلك .

(٦) ظاهره سواء كان جاهلاً أو متهاوناً . وقال أشهب : إن ترك التسمية مستخفاً بها متهاوناً لم تؤكل ، وإن تركها جاهلاً أُكلت . قال ابن رشد : وتسمية الله سنة في الذكاة ، وليست شرطاً في صحتها ، ومعنى قوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ أي لا تأكلوا الميتة التي لم يقصد إلى ذكاتها لأنها فسق ، ومعنى قوله عزوجل : ﴿ فكلوا مما ذكر اسم الله عليه ﴾ أي كلوا مما قصد إلى ذكاته ، فكنى عزوجل عن التذكية بذكر اسمه كما كنى عن رمي الجمار بذكره ، حيث قال : ﴿ واذكروا الله في أيام معدودات ﴾ . انظر : المقدمات (١/٤٢٠)، البيان والتحصيل (٣/٣٨١ - ٣٨٢) .

أمر[1] عبده بالذبح وأمره بالتسمية مرتين أو ثلاثاً ، فقال العبد : قد سمّيت ، ولم يسمعه السيد جاز أن يصدقه ويأكل ما ذبح إلا أن يتركه تنزهاً[2].

[في المسلم يصيد مع المجوسي]

وإن[3] أرسل مسلم ومجوسي كلباً ، أو أرسل مجوسي كلب مسلم لم يؤكل ما صاد ، وإن أرسل مسلم كلباً معلماً لمجوسي أُكل صيده .

[فيما توارى من الصيد أو بات]

ومن توارى عنه كلبه والصيد ثم وجده ميتاً فيه أثر كلبه أو بازه أو سهمه أكله ما لم يبت[4]، فإن بات لم يأكله وإن أنفذت مقاتلَهُ الجوارحُ أو سهمه وهو فيه بعينه ، قال مالك : وتلك السنة[5].

---

(١) في ق : ومن أمّن . والمثبت من باقي النسخ .

(٢) وردت هنا زيادة في هـ ، وهي : كما فعل عبد الله بن عباس في ربيعة .

(٣) في ك : وإذا .

(٤) في هـ : مالم يبت عنه .

(٥) إشارة إلى حديث ابن عباس أنه جاءه رجل مملوك ، فقال : يا أبا عباس ، أنا أرمي الصيد فأصمي وأنمي ؟ فقال : ما أصميت فكل ، وما توارى عنك ليلة فلا تأكل ، و إني لا أدري أنت قتلته أم غيرك . وفي رواية : لعل هوام الأرض قتلته أو أعانت على حتفه . رواه عبد الرزاق في المصنف بعدة ألفاظ : (٤/٤٥٩ ـ ٤٦٠) ، باب الصيد يغيب مقتله ، وابن أبي شيبة في المصنف بعدة ألفاظ بعضها مرفوع إلى النبي ﷺ . المصنف (٤/٦١٥) في الرجل يرمي الصيد ويغيب عنه ثم يجد سهمه فيه . ورواه البيهقي في السنن وقال : وقد روي من وجه آخر عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً وهو ضعيف . السنن الكبرى (٩/٢٤١) باب الإرسال على صيد يتوارى عنك ثم تجده مقتولاً . وقد قال ابن الماجشون وأشهب وابن عبد الحكم : إذا أدركه من الغد قد مات ، وسهمه في مقاتله أو قد أنفذتها كلابه فلا بأس بأكله ، لأنه قد أمن مما خيف منه ، وهو أن يكون قد =

ولو لم يبت إلا أنه لما توارى عنه الجارح والصيد رجع الرجل إلى بيته ثم عاد فأصابه من يومه لم يؤكل إذ لعله [لو][1] كان في الطلب ولم يفرط أدرك ذكاته قبل فوات نفسه ، أو قبل إنفاذ مقاتله ففرط حين رجع .

[فيما أُدرك من الصيد قبل أن يموت أنفذت مقاتله أو لم تنفذ]

وإذا أدرك الصيد لم تنفذ الجوارح مقاتله فتركها حتى قتلته لم يؤكل .

ولو اشتغل بإخراج سكين من خُرجه أو بانتظار[2] من هي معه من عبده[3] أو غيره حتى تقتله الجوارح ، أو يموت وقد اعتزلت الجوارح عنه لم يؤكل ؛ لأنه أدركه حياً ، ولو شاء أن يذكيه ذكاه ، إلا أن يُدركه وقد أنفذت الجوارح مقاتله فلا بأس بأكله .

وإن أكل الكلب أكثر الصيد أُكِل بقيته [4] ما لم [يبت ،

= أعان على قتله بعض هوام الليل . وفرق أصبغ بين ما وجد سهمه فيه ، فإنه يؤكل ، وبين ما وجد الكلب قد أنفذ مقاتله فإنه لا يؤكل ، قال ابن رشد : وهو أظهر الأقوال ، أما إذا وجد الصيد غير منفوذ المقاتل فلا خلاف أنه لا يؤكل . انظر : البيان والتحصيل (٣١١/٣) .

(١) سقطت من ك .

(٢) في ز و هـ : أو انتظار .

(٣) في ز : من عبدٍ .

(٤) وذلك لحديث أبي ثعلبة الخشني أن النبي ﷺ قال : إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله فكل وإن أكل منه . رواه أبو داود (١٠٩/٣) ، والدارقطني (٢٩٣/٤) ، والبيهقي في الكبرى (٢٣٧/٩) . واعتلال من حرّم أكله ، بأنه إذا أكل منه فإنما يكون أمسكه على نفسه لا علينا والآية تقول : ﴿ مما أمسكن عليكم ﴾ لا يصح ؛ لأن نية الكلب لا يمكننا علمها ، والأصل أنه إنما يمسك على نفسه ولو كان شبعان ما صاد ، ولذلك يجوّع ثم يرسل على الصيد . وقد أجمع =

وهو][1] [و][2] إن أكل من كل ما أخذ فهو معلّم .

وإن أدرك المنفوذ [3] مقاتله يضطرب فمستحسن أن يفري[4] أوداجه فإن لم يفعل وتركه حتى مات أكله ولا شيء عليه ، وإن لم تنفذ مقاتله وقدر على خلاصه من الجوارح للذكاة فلا يؤكل إلا بذكاة ، وإن غلبته عليه[5] ولم يقدر على خلاصه منها ، ولم يفرّط حتى فات[6] بنفسه أُكل إن نيّبته ، وإن لم يقدر على خلاصه منها وقدر أن يذكيه تحتها فليفعل ، فإن لم يذكه فلا يأكله ، ولو قدر على خلاصه منها فذكاه وهو في أفواهها تنهشه فلا يؤكل ؛ إذ لعله من نهشها مات ، إلا أن يوقن أنه ذكاه وهو مجتمع الحياة قبل أن تنفذ هي مقاتله ، فيجوز أكله ، وبئس ما صنع ، وإن أدركه وقد فرى[7] الكلب أو البازي أو السهم أوداجه ، فقد فرغ من ذكاته ، وإن أدركه غير منفوذ المقاتل

= أهل العلم أنه إذا قتل صيداً جاز أكله من حينه دون أن ينتظر به حتى يعلم هل يأكل منه ليستدل بذلك على أنه صاده لنفسه أم لا . وما روى شعبة عن عدي بن حاتم أن النبي ﷺ قال : إذا أكل الكلب فلا تأكل . قد خالفه فيه همام ، ولم يذكر هذه الزيادة ، واللفظة إذا جاءت زائدة لم تقبل إذا كانت مخالفة للأصول . انظر : المقدمات (١/٤١٩) .

(١) سقطت من ط .

(٢) في ط و ك و ز : وهو إن .

(٣) في ك : المنفوذة .

(٤) يفري الأوداج : يقطعها . والأوداج جمع ودج ، وهو عرق الأخدع الذي يقطعه الذابح . انظر : المصباح (٤٧١ ، ٦٥٢) .

(٥) في هـ : عليه الجوارح .

(٦) في هـ : مات .

(٧) في هـ و ز : أفرى .

والكلاب[1] تنهشه وليس معه ما يذكيه به فتركه حتى مات بقتلها[2]، لم يؤكل . ولو بادر لذبحه ولم يفرّط ففات بنفسه لأُكل .

[فيما عُلّم من السباع]

والفهد وجميع السباع إذا عُلّمت فهي كالكلب . قلت : فجميع سباع الطير إذا علمت أهي بمنزلة البازات ؟ قال : لا أدري ما مسألتك هذه ، ولكن [ما عُلّم من][3] [البازات][4] والعُقبان والزمامجة[5] والشذانقات[6] والسفاة[7] والصقور وشبهها لا بأس بها عند مالك .

[في النية عند إرسال الصيد]

[قال مالك :][8] وإن أرسل كلبه على صيد فأخذ غيره لم يؤكل ، وإن أرسله على جماعة[9] وحش أو طير ونوى ما أخذ منها ولم يخصّ شيئاً منها ، أو على

---

(١) في ك : والكلاب والبازات .

(٢) في ك : بعملها .

(٣) سقطت من ز و ك . والمثبت من ط .

(٤) سقطت من ز . والمثبت من ط .

(٥) الزمامجة : جمع زمج ، طائر يصيد به الملوك . قيل هو ذكر العقاب ، وقيل هو دون العقاب . انظر : حياة الحيوان للدميري (٢/٨).

(٦) الشذانقات : قال الزرويلي : هي جمع شذانق ، صوابه بالسين المهملة صحفه العامة فنطقوه بالمعجمة . قلت : ولم أقف له على معنى بعد البحث ، ولعله السوذنيق ، وهو نوع من الصقر ، وقيل الشاهين . انظر : اللسان (١٠/١٧١) .

(٧) السفاة : قال الزرويلي : جمع ساف . قلت : ولم أقف لها أيضاً على معنى بعد البحث والسؤال ، ولعلها السفنج ، وهو طائر كثير الأسنان . انظر : حياة الحيوان للدميري (٢/٢٣) .

(٨) سقطت من هـ و ز و ك . والمثبت من ط .

(٩) في هـ و ز و ك : من وحش .

جماعتين ، ونوى ما أخذ منهما جميعاً فليأكل ما أمسك عليه من ذلك كله ، مما قلّ عدده أو كثر ، وكذلك الرمي ، وإن نوى واحداً من جماعة فأخذ الكلب غيره منها لم يؤكل ، وكذلك الرمي ، وإن [1] أرسل على جماعة ينويها ولم ينوِ غيرها لم يؤكل ما صاد[2] من غيرها ، كان قد رآها ، أو لم يرها .

وإن أرسله على جماعة لا يرى[3] غيرها ونوى إن كان وراءها غيرها فهو عليها مرسل ، فليأكل إن أخذ من سواها ، وكذلك إن أرسله على صيد لا يرى غيره ونوى ما صاد سواه [4] فليأكل ما صاد .

وإن رميت صيداً عمدته فأصبت غيره ، أو أصبته فأنفذته [5] وأصبت آخر وراءه لم تأكل إلا الذي اعتمدت [6] إلا أن تنوي ما أصاب سواه كما ذكرنا .

والسلالقة [7] وغيرها إذا عُلّمت فهي سواء .

[فيمن أرسل كلباً غير معلّم]

وإن أرسل كلباً غير معلم ، لم يؤكل ما صاد[8] إلا أن يكون معلماً ، أو يدرك ذكاته .

---

(١) في ز : ولو .

(٢) في ز و ك : ما أصاب .

(٣) في هـ : لم ير .

(٤) في ط وردت الجملة على النحو التالي : ما صاده هو فليأكل ما صاده .

(٥) في ط : فأنفذ .

(٦) في هـ : تعمدت .

(٧) السلالقة : منسوبة إلى سلوق ، وهي موضع ، وقيل : السلالقة ما تولد بين الذئب والكلب . انظر : اللسان (١٠/١٦٣) ، التقييد (١/٣٦٦) .

(٨) في ك : ما أصاب .

[في إثارة الصيد وإشلاء الكلب عليه]

وإذا أثار [الرجل][1] صيداً فأشلى[2] عليه كلبه ، وهو مطلق ، فانشلى وصاد من غير أن يرسله من يده ، فإنه يؤكل ما صاد[3] ، قاله مالك ، ثم رجع فقال : لا يؤكل حتى يطلقه من يده مرسِلاً له مُشْلياً[4] ، وبالأول أقول .

وأما لو ابتدأ الكلب طلبه ، أو أفلت من يده عليه ثم [5] أشلاه ربُّه بعد ذلك لم يؤكل ؛ لأن الكلب خرج بغير إرسال صاحبه .

[في ذبيحة الصبي وصيده]

وتؤكل ذبيحة الصبي قبل البلوغ إذا أطاق الذبح وعرفه ، وكذلك صيده .

---

(١) سقطت من ك و هـ .

(٢) الإشلاء عند الفقهاء بمعنى الإرسال والإغراء . اللسان (١٤/٤٤٣ - ٤٤٤) ، التقييد (١/٣٦٦).

(٣) في ط : ما صاده .

(٤) سبب اختلاف قول مالك هنا يرجع إلى الاحتمال الوارد في حديث عدي بن حاتم ، وقول النبي ﷺ له : إذا أرسلت كلبك ... الحديث ، هل يحمل على عموم اللفظ وهو مطلق الإرسال ، أو خصوصه الذي هو الإرسال باليد ، فمرة راعى العموم ، ومرة راعى حقيقة اللفظ ، وقد مشى خليل في مختصره على قول مالك الذي رجع إليه حيث قال : « بإرسال من يده » ، قال الدسوقي : ما مشى عليه المصنف من اشتراط الإرسال من يده ونحوها وأنه لو كان مفلوتاً وأرسله لم يؤكل هو قول مالك الذي رجع إليه وكان يقول أولاً يؤكل ولو أرسله من غير يده ، وبه أخذ ابن القاسم ، والقولان في المدونة ، واختار غير واحد كاللخمي ما اختاره ابن القاسم ، وكان حق المصنف أن يذكره لقوته . انظر : حاشية الدسوقي (٢/١٠٤) .

(٥) في ز : أو أشلاه .

[في إعانة غير المعلَّم للمعلَّم في الصيد]

وإن أرسلت[1] كلباً أو بازاً معلماً فأعانه عليه كلب أو باز غير معلم لم يؤكل .

[في الرض والخرق ونحوه]

وما أُصيب[2] بحجر أو ببندقة[3] فخرق[4] أو بضع[5] أو بلغ المقاتل لم يؤكل ، وليس ذلك بخرق[6] وإنما هو رضّ[7] .

وما أصيب بالمعراض[8] فخرق[9] ، فكُلْ ما قتل وإن لم ينفذ المقاتل [كالسهم][10]، إلا أن يصيب بعرضه .

ومن رمى صيداً بعود أو عصا فخرقه ، أو برمح أو حربة أو مطردة[11]

---

(١) في ز : أرسل .

(٢) في ك : وما أصبت .

(٣) في ز و ك : ببندق .

(٤) في ك : فخزق .

(٥) بضع : أي قطع اللحم بضعاً بضعاً . المصباح (٥٠) .

(٦) في ك : بخزق .

(٧) الرضّ : الدق ، وقيل الكسر ، وارتض : تكسّر . اللسان (١٥٤/٧)، المصباح (٢٢٩).

(٨) المعراض بالكسر : سهم يُرمى به بلا ريش ولا نصل يمضي عرضاً . وأكثر ما يصيب بعرضه لا بحده . اللسان (١٨٠/٧) .

(٩) في ك : فخزق .

(١٠) سقطت من ز .

(١١) المطردة ـ بكسر الميم ـ : الرمح القصير . المصباح (٣٧٠) ، التقييد (٣٦٧/١) .

فخرقه[١] فإنه يؤكل .

[فيما ندّ من الأنعام الإنسية أو دجن من الوحش ثم ندّ]

وما ند من الأنعام الإنسية فلم يُقدر على أخذه لم يُؤكل إلا بذكاة الإنسية ، وما دَجَنَ من الوحش ثم ندّ واستوحش أُكِلَ بما يؤكل به الصيد ، من الرمي وغيره .

[فيمن رمى صيداً أو ضرب شاة بسكين ونحوها وهو يريد القتل أو لا يريده]

وإن رميت صيداً بسكين أو بسيف[٢] فبضعت فيه ولم تنفذ مقاتله فمات قبل أن تدركه من غير تفريط ، فإنه يؤكل ، ومن رمى صيداً بسكين فقطع رأسه أكله[٣] إن نوى اصطياداً ، وإن لم ينو اصطياداً لم يؤكل منه شيء ، فإن رمى حجراً فإذا هو صيد ، فأنفذ مقاتله لم يؤكل ، وكذلك لو ظنه سبعاً أو خنزيراً ، وكذلك لو ضرب شاة بسكين ، و [هو][٤] لا يريد قتلها ، ولا ذبحها ، فأصاب الحلقوم والأوداج ففراهما لم تؤكل ؛ لأنه لم يُرِد ذبحها[٥]. والإنسية لا تؤكل بشيء مما يؤكل به الوحشي من الضرب والرمي .

[فيما مات من الصيد بانبهار أو صدمة أو عُضّ ولم يُنيّب]

وإذا طلبت الجوارح صيداً فمات انبهاراً ولم تأخذه لم يؤكل ، ولو أخذته

---

(١) في هـ و ك و ز : فخرق .

(٢) في ك زيادة : بسيف تريد اصطياده .

(٣) في ز : رأسه كله .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في ز زيادة : ولا أكلها .

فقتلته بالعض أو بغيره ولم تنيبه وتدمه لم يؤكل ، وكذلك إن مات بصدمها .

ولو ضربت[1] صيداً بسيف حتى مات ولم يقطع فيه[2]، لم يؤكل كالعصا .

[فيما دجن من الصيد ثم ندّ فصيد بحدثان ما ندّ]

وإذا دجن عندك صيد ثم ندّ فصيد بحدثان ما ندّ ولم يتوحش ، فهو لـك ، وإن لـم يؤخذ بحدثانه وقد لحق بالوحش ، فهو لمن صـاده كـان ظبيـاً أو بـازاً أو غيـره .

[فيما أبين من الصيد قبل أن تدرك ذكاته أو بعدما أدركت]

وإن قطع الباز أو الكلب عضواً من الصيـد مـن يـد أو رجـل أو فخـذ أو جنـاح أو خطم فأبانه فمات منه قبل أن يدرك ذكاته لم يؤكل مـا بـان [3]، وتؤكـل بقيتـه ، وإن أدرك ذكاته فليذكه ويأكل بقيته دون ما بـان منـه ، وكذلـك إن ضربـت صيـداً فأبنت ذلك منه أو أبقيته معلقاً بالجلد بقاء لا يعود لهيئته أبداً ، ولو كان ما لم يبن منه يعلم أنه يلتحم ويعود لهيئته لأُكل جميعه .

[وإن ضرب عنق الصيد فأبانه أكل الرأس وجميع الجسـد ، وكذلـك إن ضـرب وسطه فجزله[4] نصفين فليأكل جميعه][5] .

---

(١) في ز : ضرب .

(٢) في ز : لم يقطع فيه شيئاً .

(٣) في هـ : ما بان منه .

(٤) جزله : قطعه ، يقال : جزل الصيد جزلتين أي قطعه نصفين . اللسان : (١١/١٠٩) .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

[فيمن ضرب عنق شاة بسيف فأبانه]

وإن[1] ضرب عنق الشاة بالسيف فأبانه ونوى الذكاة فلا تؤكل[2]، كمن أخطأ فذبح من العنق أو من القفا فلا تؤكل .

[في حكم أكل الضب والضبع ونحوهما]

ويجوز أكل الضب والأرنب والوبر[3] والظرابيب[4] والقنفذ . قال مالك : ولا أحب[5] أكل الضبع [والثعلب][6] والذئب والهر الوحشي والإنسي ولا شيء من السباع .

[في حكم أكل صيد أهل الكتاب والمجوس]

ويؤكل ما ذبحه أهل الكتاب ، ولا يؤكل ما صادوه لقوله تعالى : ﴿ تناله أيديكم ورماحُكم ﴾[7][8].

---

(١) في ك : ومن ضرب .

(٢) في هـ : لم تؤكل .

(٣) الوبر - بسكون الباء - : دويبة أصغر من السنّور طحلاء اللون لها ذنب قصير . حياة الحيوان للدميري (٢/٣٩١) .

(٤) الظرابيب جمع ظرب : وهي دويبة ذات شوك كبير كالقنفذ . التقييد (٢/٣٦٨) .

(٥) « لا أحب » - هنا - على الكراهة ، فهذه الأنواع مكروهة في المذهب ، وإليها أشار خليل بقوله : « والمكروه سبع وضبع وثعلب وذئب وهر . . . إلخ ». انظر : جواهر الإكليل (١/٢١٨ - ٢١٩).

(٦) سقطت من ك .

(٧) سورة المائدة ، الآية : (٩٤) .

(٨) وقد قال أشهب وابن وهب : يؤكل صيد أهل الكتاب لدخوله في عموم طعامهم المشار إليه في الآية : ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم ﴾ . الذخيرة (٤/١٦٩ - ١٧٠) ، حاشية الدسوقي (٢/١٠٢) ، التقييد (٢/٣٦٩) .

ويؤكل ما صاده المجوسيّ من البحر دون ما صاده من البر ، إلا أن يدرك ذكاته قبل أن ينفذ المجوسي مقاتله .

[في حكم أكل ما يعيش من دواب الماء في البر]

ويؤكل ما يعيش من دواب الماء[1] في البر الثلاثة الأيام والأربعة ، و[يؤكل][2] ترس البحر[3] بغير ذكاة .

[في أكل ذبيحة الغلام أبوه نصراني وأمه مجوسية]

وتؤكل ذبيحة الغلام أبوه نصراني وأمه مجوسية ؛ لأنه تبع لدين أبيه إلا أن يكون [قد][4] تمجّس وتركه أبوه على ذلك ، فلا يؤكل ما ذبح[5].

[فيما قتلت الحبالات من الصيد وذبيحة المرتد]

وما قتلت[6] الحبالات[7] من الصيد فلا يؤكل ، إلا ما أدركت ذكاته من ذلك ولو كانت[8] فيها حديدة أنفذت المقاتل لم يؤكل ، ولا تنفع ذكاته بعد ذلك ولا تؤكل ذبيحة المرتد ولا صيده .

---

(١) في هـ و ك و ز : دواب البحر .

(٢) سقطت من ك و ز و ط .

(٣) ترس البحر : هو السلحفاة . التقييد (٣٦٩/١) .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في ط ما ذبحه .

(٦) في ط ما قتلته .

(٧) الحبالات جمع حبالة بالكسر وهي : شبكة أو حفرة أو فخ يجعله الصائد للصيد . حاشية الدسوقي (١١٠/٢) .

(٨) في ك و ز و ط : كان .

[في أكل صيد البحر ودوابه وحوته]

ويؤكل صيد البحر بغير ذكاة ، ولا يحتاج فيه إلى التسمية ؛ لأنه ذكي ، ويؤكل طافي الحوت ، وجميع دواب البحر [1] .

ومن ذبح طير الماء فوجد في بطنه حوتاً فله أكله ، وكذلك إن وجد حوتاً في بطن حوت .

[في أكل ميتة الجراد]

ولا تؤكل ميتة[2] الجراد [3]، ولا ما مات منه في الغرائر[4]، ولا يؤكل [منه][5] إلا ما قُطف[6] رأسه أو سُلق أو قلي أو شوي حياً ، وإن لم تقطع رؤوسه ، ولو قطعت أرجله أو أجنحته فمات لذلك لأُكل .

---

(١) في هـ : وجميع دواب البحر كلها .

(٢) في ك و ز : ولا يؤكل ميت .

(٣) في المذهب ثلاثة أقوال في حكم الجراد ونحوه مما ليس له نفس سائلة ، الأول : وهو المشهور أنه يفتقر إلى ذكاة وذكاته أن يفعل به ما يموت به معجلاً باتفاق كقطع رؤوسه ، أو غير معجل على اختلاف كقطع جناحه أو رجله ، أو إلقائه في ماء بارد . الثاني : أنّ أخذَها ذكاتُها ، وتؤكل إن ماتت بعد أخذها بغير شيء فعل بها ، وبه قال ابن حبيب : من أصحاب مالك . الثالث : أنه لا يحتاج فيه إلى ذكاة ، ويجوز أكل ما وجد منه ميتاً . انظر : البيان والتحصيل (٣٠٦/٣)، حاشية الدسوقي (١١٤/٢) .

(٤) الغرائر : جمع غرارة ، وهي الجُوالق ، وقيل : هي التي للتبن ، وعاء من الأوعية ، معرّب. انظر : اللسان (٣٣٣/٢)، (٤٦/١٠) .

(٥) سقطت من ط و ك و ز .

(٦) في هـ : إلا ما قطعت رؤوسه . وفي ك و ز : إلا ما قطف رؤوسه .

[في أكل خنزير الماء]

وتوقف مالك أن يجيب في خنزير الماء ، وقال : أنتم تقولون خنزير[1]، قال ابن القاسم : وأنا أتقيه ، ولا أرى أكله حراماً .

[في الشاة تتردى بعد الذبح أو تقطع بضعة منها]

ومن ذبح ذبيحة [فتردت بعد الذبح][2] من جبل أو سقطت في ماء فإنها تؤكل .

و[من][3] ذبح شاة فقطع بضعة منها[4] قبل أن تزهق نفسها فبئس ما صنع ، وتؤكل البضعة وسائر الشاة .

[فيمن أرسل كلبه ثم رجع عن الطلب أو تشاغل]

ومن أرسل كلبه أو بازه على صيد فطلبه ساعة ثم رجع عن [5] الطلب ، ثم عاد

---

(١) قال ابن يونس : إنما توقف فيه مالك ، واتقاه ابن القاسم لعموم قوله تعالى : ﴿ أو لحم خنزير ﴾ فخافا أن يكون داخلاً في الآية ، والصواب أنه ليس بداخل فيها كما أن ميتة البحر ليست بداخلة في الميتة . التقييد (٢/٣٧٠) . قلت : وقد عدّه خليل من المكروه ، حيث قال : « والمكروه سبع وضبع . . . وكلب ماء وخنزيره » والمعتمد في المذهب أنه من المباح ، لذلك ضعفوا قول خليل بكراهته . انظر : التقييد (٢/٣٧٠)، جواهر الإكليل (١/٢١٩)، الإكليل شرح مختصر خليل لمحمد الأمير الكبير (١٤٣) .

(٢) سقطت من ز .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في هـ : بضعة من لحمها .

(٥) في هـ : (من) ، بدلاً من (عن) .

فقتله ، فإن كان كالطالب له يميناً وشمالاً ، أو عطف وهو على طلبه ، فهو على أول إرساله ، فإن وقف لأجل جيفة ، أو لشمّ كلب ، أو سقط البازي على موضع عجزاً عنه ، ثم رأياه [1] فاصطاداه فلا يؤكل إلا بإرسال مؤتنف .

[فيمن رمى صيداً فأثخنه ثم قتله آخر]

ومن رمى صيداً فأثخنه[2] حتى صار لا يقدر أن يفر ثم رماه آخر فقتله لم يؤكل ؛ لأنه أسير كالشاة ، لا يؤكل [3] إلا بذكاة ، ويضمنه للأول .

[فيمن رمى صيداً في الجو أو فوق جبل فسقط أو تردى]

ومن رمى صيداً في الجو فسقط ، أو رماه في الجبل فتردى منه ، فأدركه ميتاً لم يؤكل ، إذ لعله من السقطة مات ، إلا أن يكون [قد][4] أنفذ مقاتله بالرمية .

[فيمن طرد صيداً حتى دخل دار قوم، وفيما وقع في الحبالات من الصيد]

ومن طرد صيداً حتى دخل دار قوم فإن اضطره هو أو جوارحه إليها فهو له ، وإن لم يضطروه [5] وكانوا قد بعدوا عنه فهو لرب الدار .

وما وقع في الحبالات [من الصيد][6] فأخذه أجنبي فرب الحبالات أحق به[7].

---

(١) في ز و ك : ثم رآه فاصطاده .

(٢) أثخنه : أثقله بالجراح وحبسه عن المشي . المصباح (٨٠) ، التقييد (٢/٣٧٠) .

(٣) في ط و هـ : لا تؤكل .

(٤) سقطت من ز و هـ و ك .

(٥) في ز و هـ و ك : يضطره . والمثبت من ط .

(٦) سقطت من ز .

(٧) في ز و هـ : أولى به .

وقد تقدم ذكر من رمى صيداً فأصاب غيره .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد، وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الذبائح[(١)] ﴾

[في أكل الحيات وخشاش الأرض وذكاة ذلك]

ولا بأس بأكل اليربوع والـخَلْد[(٢)] والوَبْر[(٣)] [والحيات][(٤)] إذا ذُكي ذلك[(٥)] .

[قال مالك : وإذا ذُكيّت الحيات في موضع ذكاتها فلا بأس بها لمن احتاج إليها .

ولا بأس][(٦)] بأكل خشاش الأرض وهوامها ، وذكاة ذلك كله كذكاة الجراد[(٧)].

[في أكل الضفادع والحلزون ونحو ذلك]

وجائز أكل الضفادع وإن ماتت ؛ لأنها من صيد الماء .

---

(١) الذبائح جمع ذبيحة ، فعيلة بمعنى مفعولة ، فكأن المؤلف قال : كتاب المذبوحات .

قال الزرويلي : لو قال : كتاب الذكاة ، لكان أعم ، ليشمل الذبح والنحر والسلق والقلي وقطع الرؤوس في الجراد والعقر في الصيد . وإنما قال : كتاب الذبائح ؛ لأن أكثر ما ذكر فيه الذبح ، وذكاة العقر تقدمت في كتاب الصيد ، ولم يذكر هنا مما ذكاته النحر إلا الإبل . التقييد (٣٧٢/١) .

(٢) الخَلْد : ضرب من الفِئَرَة ، وقيل الخلد : الفأرة العمياء . اللسان (١٦٥/٣) .

(٣) الوَبْر - بالتسكين - : دويبة على قدر السنور غبراء أو بيضاء من دواب الصحراء . اللسان (٢٧٢/٥) .

(٤) سقطت من ط .

(٥) في ز : ذلك كله .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٧) في ز : الهوام .

والحلـزون[1] كالجـراد ، مـا أُخـذ منـه حيـاً فسُلِق[2] أو شـوي ، أُكـل ، وما وجد منه ميتاً لم يؤكـل .

[في حكم أكل حمار الوحش إذا دجن]

وإذا دجن حمار وحشي فصار يعمل[3] عليه لم يؤكل عنـد مـالك ، وأجـازه ابـن القاسم[4].

[في أكل الجَلاَّلة من الأنعام والرخم والعقبان ونحو ذلك]

ولا بـأس بـأكل الجلالـة [5] مـن الأنعـام والرخـم والعقبـان والنسـور والأحديـة والغربـان والهدهـد والخُطّـاف [6] وشبههـا ، وجميـع الطـير سباعها وغـير سـباعها ، ما أكل الجيف منها أم لا .

---

(١) الحلزون ـ بفتح الحاء واللام ـ : دابة تكون في الرِّمْث وهو المرعى . اللسان (١٣/١٢٧)، (٥/٣٠٧).

(٢) في ط : سُلِق .

(٣) في ك : يركب . وفي هـ : يحمل .

(٤) وجه قول مالك أنه لما تأنس وصار يعمل عليه ، صار كالإنسي ، فينبغي أن يأخذ حكمه ، وقد حرّم النبي ﷺ لحم الحمر الأهلية ، ووجه قول ابن القاسم أنه صيد مباح ، فلا يخرجه عن ذلك التأنس كسائر الصيد ، فمالك نظر لحاله ، وابن القاسم نظر لأصله ، والمشهور في المذهب الحرمة التي هي قول مالك ، وإلى ذلك أشار خليل في مختصره بقوله : والمحرم النجس وخنزير وبغل وفرس وحمار ولو وحشياً دجن . انظر : الذخيرة (٤/١٠١) ، التقييد (١/٣٧٣) ، حاشية الدسوقي (٢/١١٧) .

(٥) الجلالة في أصل اللغة : البقرة التي تستعمل النجاسة ، والفقهاء يستعملونها في كل حيوان يأكل النجاسة . انظر : المصباح المنير (١٠٦)، حاشية الدسوقي في الشرح الكبير (٢/١١٥) .

(٦) الخطاف ـ بضم الخاء وتشديد الطاء ـ : العصفور الأسود ، وجمعه خطاطيف ، وهو الطائر المعروف . انظر : اللسان (٤/١٤٣) .

[فيمن ذبح بمروة أو عود ونحو ذلك إذا فرى الأوداج]

ومن احتاج إلى أن يذبح [1] بمروة [2] ، أو عود أو حجر أو عظم أو غيره أجزأه ، ولو ذبح بذلك ومعه سكين فإنها تؤكل إذا فرى الأوداج .

[في كيفية الذبح]

وتمام الذبح فري الأوداج والحلقوم [3] ، فإن فرى الأوداج وحدها أو الحلقوم ، لم يؤكل ، ولم يذكر مالك المري [4] [الذي يكون مع الحلقوم] [5].

[فيما يذبح وما ينحر وحكم النحر والذبح]

ولا يذبح [ما] [6] يُنحر ، ولا يُنحر ما يذبح .

واستُحِبّ في البقر الذبح ، لقول الله تعالى : ﴿ إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة ﴾[7] فإن نُحِرت أُكلت ، والغنم تذبح ، والإبل تُنحر ، فإن نُحرت الغنم ، أو ذبحت الإبل من غير ضرورة لم تؤكل [8].

---

(١) في ز : إلى ذبح .

(٢) المروة : حجر صلب رقيق يجعل منها المطارُ ، وهو آلة يذبح بها . اللسان (٨٩/١٣) .

(٣) الأوداج : عرقان في صفحتي العنق يتصل بهما أكثر عروق البدن ويتصلان بالدماغ ، والحلقوم : القصبة التي يجري فيها النفس . انظر : المصباح (٤٧١) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٩٩/٢) .

(٤) المري : عرق أحمر تحت الحلقوم يدخل منه الطعام . ومعنى قوله : لم يذكره مالك ، أي لم يذكر اشتراط قطعه في الذكاة . اللسان (٢٧٩/١٥) ، التقييد (٣٧٤/١) .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٦) سقطت من هـ .

(٧) سورة البقرة ، الآية (٦٧) .

(٨) وقال أشهب : يؤكل ، وهو ظاهر قول عبد العزيز في العتبية ، وقيل يكره أكله ، والمشهور في المذهب عدم جواز الأكل إذا لم يقع ذلك للضرورة ، كوقوع في مهواة وعدم آلة ذبح أو نحر =

ولا يؤكل ما نحر من الطير كله .

وما وقع من الأنعام في بئر فلم يوصل إلى ذكاته فإن ما بين اللبة [1] والمنحر منه مذبح ومنحر إن ذبح أو نحر فجائز ، ولا يجزئ في موضع سواه ، من جنب أو كتف أو غيره .

ولا يجزئ هذا في غير هذه الضرورة ، ويترك يموت ، وبلغ مالكاً أن الجزارين يجتمعون على الحفرة يدورون بها ، فيذبحون حولها ، فنهاهم عن ذلك ، وأمرهم بتوجيهها إلى القبلة [2] .

[في السلخ والنخع قبل أن تزهق النفس]

وأكره أن يبدأ الجزار بسلخ الشاة قبل أن تَزهق نفسُها ، ولا تُنخع [3] ولا يقطع رأسها ، ولا شيءٌ [4] من لحمها حتى تزهق نفسها ، فإن فعل أُكلت

= أو جهل صفة ، أما النسيان والجهل بالحكم فليس بعذر . قال خليل عاطفاً على ما يجب : « ونحر إبل وذبح غيره إن قدر وجاز للضرورة إلا البقر فيندب الذبح ». انظر : المقدمات (٤٢٩/١)، منح الجليل (٤٣٠/٢).

(١) اللبة ـ بفتح اللام والباء المشددتين ـ : أسفل العنق ، قال ابن رشد : ومعنى قوله : أنه أجاز النحر والذبح فيما بين اللبة والمذبح إذا لم يصل إلى المذبح ولا إلى المنحر لسقوط البهيمة في البئر لا أنه يرى ذلك موضعاً للذبح والنحر من غير ضرورة . انظر : البيان والتحصيل (٣٠٨/٣) .

(٢) توجيه الذبيحة إلى القبلة عند الذبح من سنن الذكاة المندوب إليها ، وهذا هو المعتمد ، وقد روي عن مالك أن من ترك ذلك عمداً لم تؤكل ذبيحته . وهو قول ابن حبيب وروايته عن مالك . انظر : المقدمات (٤٣٠/١) ، منح الجليل (٤٣١/٢)، التقييد (٣٧٥/٢).

(٣) النخاع : هو العرق الأبيض داخل عظم الرقبة الممتد في الظهر والعنق ، والنخع قطع ذلك العرق . انظر : المصباح (٥٩٦) .

(٤) في ز : ولا يقطع رأسها ولا شيئاً من لحمها .

مع ما قطع منها ـ والنخع : قطع المخ الذي في عظم العنق ، وكسر العنق من النخع إن انقطع النخاع .

[فيمن نزلت يده في الذبح حتى أبان الرأس]

قال مالك : ومن ذبح ونزلت يده إلى أن أبان الرأس أُكلت إذا لم يتعمد ذلك ، قال ابن القاسم[1]: لو[2] تعمد هذا وبدأ في قطعه بالحلقوم والأوداج أُكلت لنخعه إياها بعد تمام الذكاة .

---

(١) قال الزرويلي : واختلف الشيوخ ، هل قول ابن القاسم وفاق لقول مالك ـ رحمه الله ـ أم لا ؟، فبعضهم حمل قول ابن القاسم على الخلاف ، إذ مفهوم قول مالك ـ رحمه الله ـ أنه إن تعمد قطع رأسها لم تؤكل ، كما قال مطرف وابن الماجشون ، ونص ابن القاسم أنها تؤكل ، وهو الظاهر . وبعضهم حمل قول ابن القاسم على الوفاق ورد قول مالك إلى قول ابن القاسم ، وجعل المفهوم معطلا . وحكي عن أبي محمد صالح : الوفاق من وجه آخر ، فقال : لعل ابن القاسم يريد أنه تعمد قطع رأسها بعد الذكاة ، ولم يقصد ذلك من أول ، قال عليش : فتحصل في المذهب ثلاثة أقوال :

أحدها : أكلها ، سواء تعمد ذلك ابتداء أو ترامت يده ، وهذا مذهب ابن القاسم وأصبغ وأحد التأويلات لقول مالك .

ثانيها : مقابله ، لا تؤكل فيهما ، وهو قول ابن نافع .

ثالثها : التفصيل بين ترامي يده فتؤكل ، وتعمده ابتداء فلا تؤكل ، وهذا قول مطرف وابن الماجشون ، وأحد التأويلات لقول مالك ـ رضي الله عنه ـ ، وهو أقرب إلى الصواب .

وإلى هذه المسألة أشار خليل عاطفاً على ما يكره : « وتعمد إبانة رأس وتؤولت ـ أيضاً ـ على عدم الأكل إن قصد أولاً ». انظر : التقييد (١/٣٧٦) ، جواهر الإكليل (١/٢١٣ ـ ٢١٤)، منح الجليل (٢/٤٣٦ ـ ٤٣٧).

(٢) في ك : ولو .

[في توجيه الذبيحة إلى القبلة والتسمية عند الذبح]

ومن وجه ذبيحته لغير القبلة أُكلت وبئس ما صنع .

وليسم[1] الله عند الذبح والنحر وعلى الضحايا ، وليقل : بسم الله والله أكبر ، وليس بموضع صلاة [2] على النبي عليه السلام ، ولا يذكر هناك إلا الله ، وإن شاء قال في الأضحية بعد التسمية : اللهم تقبل مني [3] ، وإلا فالتسمية تكفي ، وأنكر مالك قوله : اللهم منك وإليك[4] ، وقال : هذه بدعة .

[في ذبيحة المرأة]

ويؤكل ما ذبحت [5] المرأة من غير ضرورة ، [وإن اضطرت إلى الذبح][6] ولم[7] يحضرها إلا نصراني فلتل هي الذبح دونه .

---

(١) في هـ : قال وليسم الله . وفي ك : ويسمي الله .

(٢) في ط : الصلاة .

(٣) في هـ : منا .

(٤) روي عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه كان يقول عند الضحية : اللهم منك وإليك ، أي : اللهم منك الرزق وإليك التقرب ، ووجه إنكار مالك لذلك أن يفعل على وجه المشروعية كالتسمية ، وأما من قاله على غير هذا الوجه ، وإنما لمجرد الدعاء ، فلا نكران عليه ، بل يؤجر ـ إن شاء الله ـ . انظر : التقييد (٢/٣٧٦) ، منح الجليل (٢/٤٣٦). وقد أخرج البيهقي في سننه أثر علي (٩/٢٨٧) .

(٥) في هـ : ذبحته .

(٦) سقطت من ز . وفي ك و هـ : إلى الذبيحة .

(٧) في ز : وإن لم يحضرها .

[في ذبيحة أهل الكتاب]

و[ذبيحة][1] رجال الكتابيين ونسائهم [وصبيانهم][2] إذا أطاقوا الذبح سواء في إجازة أكلها . وكره مالك أكل ما ذبحه أهل الكتاب لكنائسهم أو لأعيادهم من غير تحريم[3]، وتأول[4] قول الله تعالى : ﴿ أو فسقاً أهل لغير الله به ﴾ [5] ، قال ابن القاسم : وكذلك ما [ذبحوا][6]، وسموا عليه اسم المسيح ، [فهو بمنزلة ما ذبحوا لكنائسهم ،][7] ولا أرى أن يؤكل[8] .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) سقطت من ط .

(٣) المراد هنا ما ذبحوه لأنفسهم لكن سموا عليه اسم كنائسهم أو آلهتهم أو جعلوه في يوم أعيادهم ؛ لأنه من طعامهم . وقد استدل مالك على كراهته بالآية ؛ لأنه لم يذبح لله ولم يذكر اسم الله عليه ، فهو ليس لله وإنما هو لأنفسهم ، وأما ما ذبحه أهل الكتاب بقصد التقرب لآلهتهم فيحرم أكله ؛ لأنهم هم لا يأكلونه ، فهو ليس من طعامهم ولم يقصدوا بالذكاة إباحته . انظر : شرح الزرقاني على خليل (٣/٥) .

(٤) أي تأولها في الكراهة مع أن ظاهرها التحريم وذلك لمعارضتها بالآية الأخرى : ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾ ، مع أن ذبائح أهل الكتاب لا يذبحونها لله وإنما يذبحونها إما لأنفسهم وكنائسهم وأعيادهم ، وإما بقصد التقرب لآلهتهم . انظر : التقييد (١/٣٧٧) ، المدونة (٢/٦٧) .

(٥) سورة الأنعام ، الآية : (١٤٥) .

(٦) سقطت من ز .

(٧) سقطت من ز . وفي هـ و ك : ما ذبحوه لكنائسهم .

(٨) أي أنه يكرهه كما يكره ماذبحوا لكنائسهم . وانظر : منح الجليل (٢/٤١٣ ـ ٤١٤) .

[فيمن يلي ذبح الأضحية]

وَلْيَلِ الرجلُ ذبحَ أضحيته وهديه بيده ، فإن أمر ذمياً فذبح أضحيته لم تجزه ، وأعادها ، وإن أمر بذلك مسلماً أجزته وبئس ما صنع .

[فيما ذبحه اليهود مما لا يستحلونه]

وما ذبحه اليهود فأصابوه فاسداً عندهم لحال[1] الرئة[2] وشبهها التي يحرمونها في دينهم ، فمرة أجاز مالك أكلها ، ثم كرهها[3] وقال : لا تؤكل ، قال ابن القاسم : وما ذبح[4] اليهود مما لا يستحلونه لا يؤكل[5].

[في ذبيحة الحربيين والذميين والشراء من مجازرهم]

وذبيحة الحربيين ومن عندنا من الذميين سواء ، ومالك يكره ذبائحهم ،

---

(١) في هـ : بحال .

(٢) وذلك بأن يجد الرئة قد التصقت بجوف الشاة ، فإن ذلك علامة على أنها لا تعيش من ذلك المرض فلا تعمل فيها الذكاة عندهم ، وتكون بمنزلة منفوذ المقاتل عندنا . انظر : التقييد (٣٧٧/١)، منح الجليل (٤١٥/٢).

(٣) وثبت على الكراهة ، وهي المذهب ، انظر : منح الجليل (٤١٥/٢) ..

(٤) في ز : وما ذبحه .

(٥) أي يحرم ، والفرق بين هذا وبين ما وجدوه فاسداً لأجل الرئة ، أن ما وجدوه فاسداً لأجل الرئة حرموه هم على أنفسهم لأجل فساده ، وأما ما لا يستحلونه فهو ما جاء تحريمه من الله تعالى ، فكان الأول أخف من الثاني فاكتفى في الأول بالكراهة ، وجعل الثاني حراماً . انظر : التقييد (٣٧٨/١)، منح الجليل (٤١٤/٢) .

والشراء من مجازرهم ، ولا يراه حراماً ، وقال أمر عمر [رضي الله عنه][1] ، أن لا يكونوا جزارين أو صيارفة ، وأن يُقاموا من أسواقنا كلها ، [فإن الله أغنانا بالمسلمين][2][3] .

[في حكم ذبيحة المرتد والأخرس]

وإن ارتد المسلم إلى أي دين كان ، لم تؤكل ذبيحته . وتؤكل ذبيحة الأخرس .

[في الشاة تتردى فيندق عنقها من غير نخع]

وإذا تردت الشاة من جبل أو غيره فاندق عنقها أو أصابها ما يعلم أنها لا تعيش من ذلك ، فلا بأس بأكلها ما لم يكن قد نخعها[4] .

---

(١) سقطت من ك و هـ .

(٢) سقطت من ط و ز .

(٣) هذا الأثر ورد في المدونة (٢/٦٧ ـ ٦٨) ، ولفظه : قال مالك : وبلغني أن عمر بن الخطاب كتب إلى البلدان ينهاهم أن يكون النصارى واليهود في أسواقهم صيارفة أو جزارين ، وأن يقاموا من الأسواق كلها ، فإن الله قد أغنانا بالمسلمين . وأورده القرافي في الذخيرة (١٢٣/٤)، وقد بحثت عنه في كتب الآثار والمصنفات ، وفي مسند عمر بن الخطاب وسيرته فلم أعثر عليه ، وقد وجدت أثراً في هذا المعنى لكن عن عمر بن عبد العزيز . انظر : الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز لابن عبد الحكم ، تحقيق : أحمد عبيد (١٥٩ ـ ١٦٠) .

(٤) في ز : بعجها . وقد تقدم معنى النخع .

[في الأزلام وكيفية القرع بها]

والأزلام قداح كانت في الجاهليـة[1] ، في واحـد افعـل ، وفي الآخـر لا تفعـل ، والآخر لا شيء فيه ، فكان أحدهم إذا أراد سفراً أو حاجة ضرب بهـا ، فـإن خـرج الذي فيه لا تفعل ترك ، وإن خرج الذي فيه افعل فعـل ، وإن خـرج الـذي لا شـيء فيه أعاد الضرب .

* * *

* *

*

---

(١) في ز : للجاهلية .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد ، وآله وصحبه وسلم تسليماً

« كتاب الضحايا [1] »

[في السن المجزئ في الأضحية]

ولا يجزئ ما دون الثني من سائر الأنعام في الضحايا والهدايا ، [إلا الضأن][2] فإن جذعها يجزئ .

[في وقت ذبح الأضحية للإمام وغيره]

ويذبح الإمام أو ينحر أضحيته بالمصلى بعد الصلاة ، ثم يذبح الناس بعده ، ومن ذبح قبل صلاة الإمام ، أو بعد صلاته [3]، وقبل ذبحه

(١) اختلف في حكم الأضحية في المذهب ، فقيل إنها واجبة ، وقيل إنها سنة . أخذ الوجوب من قوله في المدونة فيمن ترك التضحية حتى مضت أيام النحر : « إنه آثم » ، وهذا من خصائص الواجب . وأخذت السنية من قوله في الكتاب أيضاً : « ولا أحب تركها لمن قدر عليها » ، وقد استدل للسنية بحديث : « إذا دخل العشر وأراد أحدكم أن يضحي فلا يمس من شعره ... الحديث » رواه مسلم (١٩٧٧) . فوكل ذلك لإرادته . واستدل للوجوب بحديث أبي بردة في البخاري (٥٥٥٧) ، ومسلم (١٩٦١) ، حين قال له رسول الله ﷺ في جذعة الماعز : « تجزئ عنك ولا تجزئ عن أحد بعدك » ، والإجزاء فرع عن شغل الذمة . قال ابن رشد : وتحصيل المذهب أنها من السنن التي يؤمر الناس بها ... ولا يرخص لهم في تركها . وإلى مشهورية السنية أشار خليل بقوله : « سُنّ لحر غير حاج بمنى ضحية لا تجحف » . انظر : المقدمات (١/٢٣٥) ، الذخيرة (٤/١٤١) ، حاشية الدسوقي (١/١١٨) ، التقييد (٢/٣٧٩).

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ط : الصلاة .

أعـاد[1]، وَلْيَتَحَرَّ أهلُ البوادي ومن لا إمام لـه مـن أهـل القـرى صـلاة أقـرب الأئمـة إليهم وذبحه فيذبحوا بعده ، فإن تحروا وذبحوا قبله أجزأهم .

[في عيوب الأضحية وما يضر منها في الإجزاء وما لا يضر]

ويجزئ في الضحايا والهدايا المكسورة القرن ، إلا أن يكون يدمي ؛ لأنه مرض ، ولا تجزئ المريضة البيّن مرضها ، ولا الحَمِرَة وهـي : البشمـة [2]؛ لأن ذلـك مـرض ولا الجربة إن كان ذلك لها مرضاً .

[في استبدال الأضحية وما يعمل بثمنها]

وله أن يبدل أضحيته ، ولا يبدلها إلا بخير منـها أو مثلـها [3]، قلـت : فـإن باعها واشترى دونها ما يصنع بها وبفضلة الثمن ؟ قال : قال مـالك : لا يجـوز أن يستفضل من ثمنها شيئاً ، وأنكر الحديـث[4] الـذي جـاء في مثـل هـذا ، وإن

---

(١) أُختلف في المراد بالإمام هنا ، والأصح أن المراد إمام صلاة العيد الذي يصلي بالناس ، سواء كان هو الإمام الحاكم أو غيره . وهذا إذا لم يتأخر الإمام عن ذبح أضحيتـه أو تـأخر لعـذر وأبرزهـا ، أما إذا تأخر عن وقت الذبح لغير عذر ولم يبرزها وتوانى في ذلك ، فالمطلوب حينئذ الانتظار قدر وقت ذبحه . انظر : الجواهر (٥٦٢/١) ، حاشية الدسوقي (١٢٠/٢) ، التقييد (٣٨٠/١) .

(٢) البشمة : المتخومة من كثرة الأكل . المصباح (٥٠) .

(٣) وردت هذه الجملة بألفاظ مختلفة لكنها متقاربة في المعنى فأثبتنـا مـا في ك لكونـه أدق في نظرنـا ، والله أعلم .

(٤) هو حديث حكيم بن حزام أن النبي ﷺ بعث معه بدينار ، يشتري له أضحيـة فاشتراهـا بدينـار وباعها بدينـارين ، فرجـع فـاشترى لـه أضحيـة بدينـار وجـاء بدينـار إلى النبي ﷺ فتصـدق بـه النبي ﷺ ، ودعا له أن يـارك له في تجارتـه . أخرجـه أبـو داود (٣٣٨٦) والـترمذي (١٢٥٧) . وإنما أنكر مالك العمل بالحديث لوجهين ، الوجه الأول : أن الحديث ضعيـف ؛ لأنـه روي عـن طريق حبيب بن أبـي ثابت عن حكيم بن حزام . قال الترمذي : لا نعرفه إلا من هذا الوجـه ،=

لم يجد بالثمن مثلها فليزد من عنده حتى يشتري مثلها .

[في صفة الاشتراك في الأضحية]

ولا يدع أحد الأضحية[1] ليتصدق بثمنها ، ولا أحب تركها لمن قدر عليها . ولا يشترك في الضحايا إلا أن يشتريها رجل فيذبحها عن نفسه ، وعن أهل بيته ، وإن ضحى بشاة أو بعير أو بقرة عنه وعن أهل بيته أجزأهم ، وإن كانوا أكثر من سبعة أنفس ، وأحب إليّ [إن قدر][2] أن يذبح عن كل نفس شاة ، واستحب مالك حديث ابن عمر[3] لمن قدر ، دون حديث أبي أيوب الأنصاري[4] ، ولو اشترى أضحية عن نفسه ، ثم نوى أن يشرك فيها أهل بيته جاز ذلك ،

= وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام . والوجه الثاني : أن حكيم بن حزام لم يفعل ذلك بأمر النبي ﷺ ولا أباح له ذلك من فعله بدليل تصدق النبي ﷺ بالدينار الذي استفضل ، وقد شكر له اجتهاده ؛ لأنه قصد الخير واجتهد ، وخفي عليه وجه الكراهة في بيع الأضحية والاستفضال من ثمنها . انظر : البيان والتحصيل (٣/٣٧٣ - ٣٧٤) .

(١) في ز و ط : الضحية .

(٢) سقطت من ز .

(٣) حديث ابن عمر رواه عبد الرزاق في المصنف (٤/٣٨٠ - ٣٨١) برقم (٨١٣٦) والبيهقي في سننه (٩/٢٨٨) ، ولفظه في مصنف عبد الرزاق : « أخبرنا معمر عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أنه كان لا يضحي عن حمل ، وكان يضحي عن ولده الصغار والكبار ويعق عن ولده كلهم » .

(٤) حديث أبي أيوب الأنصاري رواه مالك في الموطأ (١/٦٢٥) كتاب الضحايا باب الشركة في الضحايا (١٣٩٦) ، وابن ماجه (٣١٤٧) ، والترمذي (١٥٠٥) ، والبيهقي (٩/٢٦٨) . ولفظه في الموطأ : « عن مالك عن عمارة بن صياد أن عطاء بن يسار أخبره أن أبا أيوب الأنصاري أخبره ، قال : كنا نضحي بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته ثم تباهى الناس بعد فصارت مباهاة » .

بخلاف الهدي ، ولو أراد أن يذبحها عن نفسه ، وعن أجنبيين على أن لا يأخذ منهم حصتهم من الثمن ، لم يجز ذلك وإنما يجوز ذلك في أهل البيت .

ولو كانوا رفقاء في سفر[1] ونفقتهم واحدة ، قد تخارجوها فأرادوا أن يشتروا منها عن جميعهم كبشاً يضحون به ، لم يجزهم[2].

وليس على الرجل أن يضحي عن زوجته ، بخلاف النفقة .

[فيما يفعل في ولد الأضحية]

قال مالك : وإذا ولدت الأضحية فحسن أن يذبح ولدها معها ، وإن تركه لم أر ذلك عليه واجباً ، لأن عليه بدل أمه إن هلكت [3] .

قال ابن القاسم : ثم عرضتها عليه فقال : أمحها [4] واترك منها إن ذبحه معها فحسن . قال ابن القاسم : ولا أرى ذلك واجباً عليه[5].

---

(١) في ط : في السفر .

(٢) مذهب مالك أنه لا يجوز الاشتراك في ثمن الأضحية ولا لحمها ، وإنما يجوز أن يشرك الرجل أهل بيته في ثوابها على ما في حديث أبي أيوب المتقدم ، وقد احتج المالكية بالإجماع على أنه لا يجوز الاشتراك في الشاة ، فكذلك البقرة والبدنة ؛ ولأن كل واحد يكون مخرجاً للحم بعض البدنة أو البقرة ، وذلك لا يكون أضحية ، كما لو اشترى لحماً ؛ لأن مسمى الأضحية يطلق على إراقة الدم دون اللحم . انظر : الاستذكار (١٥/١٨٦) ، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/٩٠٩) .

(٣) في ط : إن هلك .

(٤) في ط و ك : أمح .

(٥) المذهب في ولد الأضحية أنه إن خرج قبل ذبحها ندب ذبحه ، وإن خرج بعد ذبحها فحكمه حكم أجزائها إن خرج ميتاً بتمام خلقه ونبات شعره ، وأما إن خرج بعد ذبحها حياً حياة مستمرة ، وجب ذبحه أو نحره لاستقلاله بحكم نفسه ، وإلى هذه المسألة أشار خليل بقوله : =

[فيما يفعل في لحم الأضحية وصوفها وجلدها ونحو ذلك]

ولا يجوز أن يجزّ صوفها قبل الذبح ، ولا يبيع من أضحيته لحماً ولا [شحماً][1] ولا جلداً ولا شعراً ولا غيره ، ولا يشتري به[2] ماعوناً ولا غيره ، ولينتفع بذلك منها ، أو يتصدق به ، ولا يبدل منها جلداً أو غيره بمثله ، أو بخلافه ، ولم أسمع من مالك في لبنها شيئاً[3] ، إلا أنه كره لبن الهدي ، وقد روي في الحديث : « لا بأس بالشرب منه [4] بعد ريّ فصيلها »[5].

فإن لم يكن لأضحيته ولد فأرى أن لا يشربه[6] إلا أن يَضُرَّ بها فيحلبه

= وذبح ولد خرج قبل الذبح وبعده جزء . انظر : منح الجليل (٤٨٦/٢) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (١٢٢/٢) .

(١) سقطت من ط و هـ و ك .

(٢) في ك : منه .

(٣) المذهب كراهة شربه ، وإليه أشار خليل بقوله عاطفاً على ما يكره الانتفاع به من الأضحية : « وشرب لبن » . مختصر خليل (٨١) .

(٤) في ط : منها .

(٥) هذا الحديث أخرجه البيهقي في الكبرى ، موقوفاً على عروة من طريق مالك عن هشام بن عروة ، أن أباه قال : إذا اضطررت إلى بدنتك فاركبها ركوباً غير فادح ، وإذا اضطررت إلى لبنها فاشرب ما بعد ريّ فصيلها . ورواه بلفظ آخر موقوفاً على علي رضي الله عنه من طريق شعبة عن زهير بن أبي ثابت عن المغيرة بن حذف العبسي أنه سمع رجلاً من همدان سأل علياً رضي الله عنه عن رجل اشترى بقرة ليضحي بها فنتجت ، فقال : لا تشرب لبنها إلا فضلاً ، وإذا كان يوم النحر فاذبحها وولدها عن سبعة . السنن الكبرى للبيهقي (٢٣٦/٥ - ٢٣٧) . ولم نعثر على هذا الحديث مرفوعاً من كلام النبي ﷺ ، كما لم نعثر عليه عند غير البيهقي .

(٦) في ز : يحلبها .

ويتصدق به ، ولو أكله لم أر عليه شيئاً ، وإنما أنهاه عنه كما أنهاه عن جزّ صوفها قبل ذبحها .

[فيما يمنع الإجزاء وما لا يمنعه من العيوب]

ولا بأس في الضحايا والهدايا بالبياض وغيره في العين إن لم يكن على الناظر ، ولا بأس في الأذن بمثل السمة[1] ، أو قطع يسير ، أو شق يسير ، وأما جدع الأذن أو[2] قطع جُلّها فلا يجزئ ، وما سمعت مالكاً يؤقت في الأذن نصفاً من ثلث .

ولا تجزئ العرجاء البين ظلعها[3] ، إلا أن يكون الشيء الخفيف الذي لا ينقص مشيها ، ولا تعب عليها به في سيرها ، وتسير[4] بسير الغنم ، فأراه خفيفاً .

[في الأضحية يصيبها عيب بعد الشراء أو تضل أو تحبس ، والكلام في بقية العيوب]

ومن اشترى أضحية سمينة فعجفت عنده أو أصابها عمى أو عور ، أو ابتاعها بذلك[5] لم يجزه ، بخلاف ما يحدث بالهدي بعد التقليد من عيب ، وقد ذكرناه في كتاب الحج .

ومن ضلت [منه][6] أضحيته ثم وجدها في أيام النحر فليذبحها ، إلا أن يكون [قد][7] ضحى ببدلها فليصنع بها ما شاء ، [وكذلك إن لم يضح ببدلها ثم

---

(١) في ط : الميسم .

(٢) في ط : إن .

(٣) في ط : عرجها .

(٤) في ز : وهي تسير بسير الغنم . وفي ك : ولا تعب عليها به في سيرها بسير الغنم .

(٥) في ط و هـ : كذلك .

(٦) سقطت من هـ .

(٧) سقطت من هـ .

وجدها بعد أيام النحر فليصنع بها ما شــاء][1].

وليس على أحد أن يضحي بعد أيام النحـر ، وهـو بمنزلـة مـن تـرك الأضحيـة ، وكذلك[2] لو[3] حبس أضحيته حيـة حتى مضت أيام [النحر][4] إلا أن هـذا قـد أثـم[5].

ومن سرقت أضحيته أو ماتت أو ضلت ، فعليه البدل .

ولو أضجعـها للذبـح فـاضطربت فانكسـرت رجلـها أو أصـابت السـكين عينـها ففقأتها ، لم تجـزه .

والشاة تخلق خلقاً ناقصاً لا تجزيء[6].

ولا بأس بالجلحاء ، وهي الجمّاء[7] ، و[8] السكاء : وهي الصغيرة[9] الأذنيـين ، قال ابن القاسم : ونحن نسميها الصمعاء . ولو خلقت بغير أذنين لم تجز .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٢) في ط : وكذا .

(٣) في هـ : من حبس .

(٤) سقطت من ط . وفي ك : الذبح .

(٥) هذا التأثيم هو الذي استدل به من قـال بوجـوب الأضحيـة كـابن حبيـب ؛ لأن الإثم إنمـا يتعلـق بالواجبات ، إلا أن أهل المذهب الذين يرون سنية الأضحية تأولوا التأثيم هنا بكونه عيّنها للطاعة ثم خالف ما عاهد الله عليه ، فكان كمـن ابتـدأ نافلـة ثم أبطلـها ، أو أثم لمـا في فعله مـن تهـاون بالسنن الذي هو شرّ من تركها. انظر : النوادر والزيادات (٤/٣٠٩ـ٣١٠)، التقييد (١/٣٨٤).

(٦) في ز : لا تجزه .

(٧) الجماء : هي التي لا قرن لها . التقييد (١/٣٨٤) .

(٨) في هـ و ز : أو .

(٩) في ط : صغيرة .

[فيمن ذبح غير أضحيته]

ومن ذبح أضحيتك بغير إذنك [1]، فأما ولدك ، أو بعض عيالك ، ممن فعله ليكفيك مؤنتها [2]، فذلك مجزئ [3] عنك ، وأما على غير ذلك فلا يجزيك .

وإن ذبحت أضحية صاحبك ، وذبح هو أضحيتك غلطاً لم تجزئ واحداً منكما ، ويضمن كل واحد لصاحبه القيمة .

[فيمن تجب عليه الأضحية ومن لا تجب عليه]

والأضحية [واجبة][4][5] على من استطاع[6]، وهي على الناس كلهم الحاضر والمسافر إلا الحاج ، فليست عليه، وإن كان من سكان منى ، ومن لم يشهد الموسم من أهل مكة فهم في ضحاياهم [7] كالأجنبيين ، ولا تجب الأضحية[8] على مملوك أو من فيه بقية رِق ، ولا يُضحى عن من في البطن[9].

---

(١) في هـ و ك و ط : أمرك .

(٢) في ز مؤنته .

(٣) في ز : جائز .

(٤) سقطت من ك .

(٥) المراد بالوجوب هنا وجوب السنن المؤكدة كما قدمنا ، وليس وجوب الفرائض ، وهو صريح قول الإمام مالك المتقدم : « وَلا أحب تركها لمن قدر عليها » .

(٦) في هـ : من استطاعها .

(٧) في ط : الضحايا .

(٨) في ز و ط : الضحية .

(٩) في ك : مالك : ولا يضحى عن من في البطن .

[في زمان النحر ومكانه]

[1] وأيام النحر ثلاثة : يوم النحر ، ويومان بعده ، وليس اليوم الرابع من أيام الذبح وإن كان الناس بمنى .

[ولا تذبح][2] الهدايا والضحايا ليلاً[3]، فإن فعل لم يجزه وعليه البدل .

[فيمن تلزمه صلاة العيد]

وكل من تجب عليهم الجمعة فعليهم أن يجمعوا في صلاة العيدين ، وليس على الحاج بمنى جمعة ، ولا صلاة عيد .

[في صيد ما حيز من حمام وطير ونحوه]

ولا يصاد حمام الأبرجة[4]، ومن صاد منها شيئاً ردّه أو عرّف به إن لم يعرف ربه[5] ولا يأكله ، وإذا دخل حمام برج لرجل في برج لآخر[6] ردّها إلى ربها[7] إن قدر ، وإلا فلا شيء عليه .

ومن وضع أجباحاً[8] في جبل فله ما دخلها من النحل ، ومن صاد طيراً في

---

(١) في هـ : قال مالك .

(٢) سقطت من ز .

(٣) لأن الله عزوجل ذكر الأيام دون الليالي؛ ولأن النبي ﷺ ذبحها نهاراً. انظر: الإشراف(٩١٠/٢).

(٤) في ز : الأبراج . والمراد : الحمام الذي يأوي لبرج أحد اتخذه لذلك ، وأما حمام البيوت فلا يتوهم أحد جواز اصطياده . انظر : التقييد (٣٨٧/١).

(٥) في ط : رده إن عرف ربه ، وإن لم يعرف ربه فلا يأكله .

(٦) في ك : في برج آخر .

(٧) في هـ : رده إلى ربه .

(٨) الأجباح جمع جبح : وهو حيث تعسل النحل إذا كان غير مصنوع ، وقيل : هي مواضع النحل في الجبل وفيها تعسل ، وهي بمنزلة الحبالة يضعها الرجل للصيد . انظر : اللسان (١٦٤/٢) .

رجليه[1] سباقان[2] ، أو ظبياً في أذنيه قرطان وفي عنقه قلادة ، عرف بذلك ، ثم ينظر فإن كان هروبه ليس بهروب انقطاع ولا توحش رده ، وما وجد عليه لربه ، وإن كان هروبه هروب انقطاع وتوحش فالصيد خاصة لصائده[3] دون ما عليه ، فإن قال ربه : ندَّ مني منذ يومين ، وقال الصائد : لا أدري متى ندّ منك ، فعلى ربه البينة ، والصائد مصدق .

[في المحرم يقتل بازياً معلماً لرجل]

وإذا قتل محرم بازياً[4] لرجل معلماً فعليه جزاؤه غير معلم ، كجزاء غيره من الوحش ، وعليه قيمته لربه معلماً .

[في بيع الكلب والهر والأسد ونحو ذلك من السباع]

ولا يجوز بيع كلب سلوقي[5] أو غيره ، ويجوز بيع الهر ، ويجوز بيع الأسد والسباع والفهود والنمور والذئاب ، إن كان ذلك [لِتُذَكَّى][6] لأخذ جلودها .

فإذا ذكيت جاز بيع جلودها ولباسها والصلاة عليها .

---

(١) في ك و هـ : طائراً في رجله .

(٢) السباقان ـ بكسر السين ووقع في المدونة بالفتح ـ : سيران يجعلان في رجل البازي وغيره من الطير ، يعني شراكين . انظر : التقييد (١/٣٨٨) .

(٣) في ز : لصاحبه .

(٤) في ط : بازاً .

(٥) الكلب السلوقي : منسوب إلى قرية في اليمن يقال لها سلوق . اللسان (٦/٣٣٦) . وإنما لم يجز بيع الكلب مطلقاً لما ورد في الأحاديث الصحيحة من النهي عن بيعه وأكل ثمنه .

(٦) سقطت من ط .

[في قتل الكلب المأذون وغير المأذون]

ومن قتل كلباً من كلاب الدور مما لم يؤذن فيه ، فلا شيء عليه ؛ لأنها تقتل ولا تترك ، وإن كان مما أذن في اتخاذه لزرع أو ضرع ، فعليه قيمته .

[في موقف المسلم من دنانير الذمي التي هي ثمنٌ لخمر]

وإذا باع الذمي خمراً بدينار كرهت للمسلم أن يتسلفه منه ، أو يبيعه به شيئاً أو يأخذه هبة [١]، أو يعطيه فيه دراهم ، ويأخذه ، أو يأكل من طعام ابتاعه الذمي بذلك الدينار ، وجائز أن يأخذه منه في قضاء دين ، كما أباح الله تعالى أخذ الجزية منهم .

[في صيد حمام مكة في الحلّ للحلال]

ولا بأس بصيد حمام مكة في الحل للحلال ، وما صيد في الحل فإذا دخل الحرم جاز أن يؤكل[٢] فيه ، وإن كانت شجرة أصلها في الحرم ، ولها غصن في الحل فوقع عليه[٣] طائر فلا بأس بصيده ، ويؤكل . ولم يجب مالك [رحمه الله][٤] فيه بشيء [٥].

---

(١) في هـ : ويأخذه . وفي ك : أو يأخذه منه هبة .

(٢) في هـ : جاز أكله فيه .

(٣) في ز : فوقع فيه .

(٤) سقطت من هـ و ك و ز .

(٥) في ك : شيئاً . وزاد في هـ بعد بشيء : وتوقف فيه ، ومنع منه سحنون ، قال سحنون : وأنا أحرّم أكله ، ولا أرى أن يؤكل ، لأن أصله في الحرم . والمذهب جواز أكله ، فإن كان الغصن مسامتاً لحد الحرم ففيه الجزاء ، ولا يلزم من جواز أكل الصيد الذي على فرع في الحلّ أصله بالحرم وعدم الجزاء فيه جواز قطع ذلك الفرع ؛ لأن المعتبر في الشجر أصله والصيد محله . انظر : منح الجليل (٢/٣٥١) .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد ، وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الجهاد[1] ﴾

[في الدعوة قبل القتال]

قال مالك : لا يُقاتل المشركون ولا يبيّتون حتى يُدعَوْا إلى الله ورسوله ، فيسلموا أو يؤدوا الجزية[2] ، قال ابن القاسم : وكذلك إن أتوا إلى بلادنا[3]. وقال أيضاً مالك : أما من قرُبت داره منّا فلا يُدْعَوا لعلمهم بالدعوة ، ولتطلب غرتهم[4] ، وأما من بعدت داره وخيف أن لا يكونوا كهؤلاء فالدعوة أقطع للشك .

قال يحيى بن سعيد[5]: ولا بأس بابتغاء عورة العدو بالليل والنهار ؛ لأن دعوة الإسلام قد بلغته ، إلا من ترجى إجابته من أهل الحصون [فلا بد من الدعوة][6]، و[روي][7] عن علي بن أبي طالب [رضي الله عنه][8] الدعوة ثلاث مرات[9] .

---

(١) الجهاد في اللغة من الجهد وهو التعب والمشقة ، وفي الشرع قيل : هو إتعاب النفس في ذات الله تعالى وإعلاء كلمته ، التي جعلها طريقاً إلى الجنة وسبباً إليها . وقال ابن عرفة : هو « قتال مسلم كافراً غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله ، أو حضوره له ، أو دخول أرضه له » . انظر : شرح حدود ابن عرفة للرصاع (١٩٣) ، وانظر : التقييد (٣٣٩/١) ، والمصباح (١١٢) .

(٢) في ز : ويؤدوا الجزية عن يد وهم صاغرون .

(٣) في ك : إلى بلدنا .

(٤) غرتهم : أي غفلتهم .

(٥) في ز بعد قال يحيى بن سعيد : وكذلك إن أتوا بلادنا . وقد تقدمت من كلام ابن القاسم .

(٦) سقطت من ك .

(٧) سقطت من ز .

(٨) سقطت من هـ .

(٩) هذا الأثر رواه في المدونة عن القاسم بن عبد الله عن حسين بن عبد الله عن أبيه عن جده عن =

قال مالك : وأما القبط[1] فلا يقاتلوا ، ولا يبيتوا حتى يدعوا ، بخلاف الروم ، ولم ير أن الدعوة قد بلغتهم .

[فيمن يُقَاتَل ومن لا يُقاتَل من اللصوص ، وفي أمراء الجور وفي القتال معهم]

وينبغي أن يُدْعى اللص إلى التقوى ، فإن أبى قوتل ، كان بطريقٍ ، أو أتى إلى محلِّك ، وكذلك إن نزل قوم بآخرين يريدون أنفسهم وأموالهم وحريمهم ناشدوهم الله ، فإن أبوا فالسيف .

ومن عاجلك عن الدعوة من لص أو مشرك فقاتله ، وإن طلب السلابة طعاماً أو ثوباً أمراً خفيفاً رأيت أن يُعْطَوه ولا يُقاتَلوا . قال محمد بن سيرين : ما علمت أحداً ترك قتال من يريد نفسه وماله تأثماً ، وكانوا يكرهون قتال الأمراء ، ولا بأس بالجهاد مع هؤلاء الولاة ، إذ لو ترك [مثل][2] هذا لكان ضرراً على الإسلام .

= علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أنه لم يكن يقاتل أحداً من العدو حتى يدعوهم ثلاث مرات . والأثر لم نجده في مسند علي ولا في كتب الآثار الأخرى ، غير أن الدعوة قبل القتال ثابتة بالأحاديث الصحيحة كحديث عبد الله بن بريدة في الصحيحين وغيره ، وقد ورد في الحديث أن النبي ﷺ بعث علياً وقال له : لا تقاتل قوماً حتى تدعوهم . رواه عبد الرزاق ٢١٧/٥ ، والطبراني في الأوسط ، قال الهيثمي : ورجاله رجال الصحيح غير عثمان بن يحيى القرقساني ، وهو ثقة . مجمع الزوائد (٣٠٥/٥) .

(١) تخصيص القبط هنا قيل : لأنهم لا يفقهون الإسلام فلا بد من شرحه لهم ، وقيل : لأنه كان للمسلمين معهم عهد فلا بد من دعوتهم قبل نقض العهد، وقيل لكون مارية وهاجر منهم ، وقد أوصى بهم ﷺ خيراً ، وقيل غير ذلك . انظر : الذخيرة (٤٠٢/٣) ، التقييد (٣٤١/١) .

(٢) سقطت من ز .

[في خروج الرجل بأهله إلى السواحل ودار الحرب]

ولا بأس أن يخرج الرجل بأهله إلى مثل السواحل ، ولا [يخرج][1] بهن إلى دار الحرب في الغزو إلا أن يكونوا في عسكر عظيم لا يُخاف عليهم لكثرتهم[2] .

[فيمن يقتل من الكفار ومن لايقتل وما يخرب من أموالهم]

ولا يُقتل النساء ولا الصبيان ولا الشيخ الكبير في أرض الحرب ، ولا الرهبان في الصوامع والديارات ، ويترك لهم من أموالهم ما يعيشون به ، ولا تؤخذ كلُّها فيموتون[3] ، وروى ابن وهب أن النبي عليه السلام نهى عن قتل العسيف[4] ، قال سحنون : وهو الأجير .

ولا بأس بتحريق قراهم وحصونهم ، وتغريقها بالماء وتخريبها[5] ، وقطع الشجر المثمر وغيره[6] ، و[قد][7] تأول[8] مالك قول الله تعالى : ﴿ ما قطعتم

(١) في ز و ط و هـ : ولا يدرب .

(٢) في ز : لعظمهم .

(٣) في ق و ز : فيموتوا . والمثبت من هـ و ك .

(٤) هذا جزء من حديث طويل ذكره في المدونة ، وفيه أن النبي ﷺ قال لأحد القوم : « الحق بخالد بن الوليد فلا يقتلن ذرية ولا عسيفاً » ، وقد أخرجه بلفظه كما في المدونة عبد الرزاق في المصنف ١٣٢/٦ (١٠٢٤٢)، وأخرجه ابن ماجه (٩٤٨/٢) كتاب الجهاد ، وابن حبان في موارد الظمآن (ص٣٩٨٠) كتاب الجهاد فيمن نهي عن قتله ، وأبو داود في السنن (٥٢/٣) كتاب المغازي باب قتل النساء ، والحاكم في المستدرك (١٢٢/٢) كتاب الجهاد .

(٥) في ط و ز و ك : وخرابها .

(٦) في ط : وغيرها . وفي هـ : وغير المثمر .

(٧) سقطت من ز و ك و هـ .

(٨) تأول : مراده أنه استدل بها ، وهكذا حيث ورد التأويل في المدونة فإنه بمعنى الاستدلال ، وليس بمعنى التأويل في اصطلاح الأصوليين . انظر : التقييد (٣٤٣/١) .

مـن لينـة أو تركتموها قائمة ﴾[1]، وقد قطع النبي عليه السلام نخل بني النضير وأحرق قراهم[2][3]، فأنزل الله تعالى هذه الآية ، قال سحنون : وأصل نهي أبي بكر الصديق [رضي الله عنه][4] عن قطع الشجر ، وإخراب العامر[5] إنما[6] ذلك فيما يُرجى مصيره للمسلمين نظراً لهم ، وما[7] لم يُرج الظهور عليه ، فالنظر لهم خرابه .

ويقتل من الأسارى من لا يؤمَن منه[8]، ألا ترى ما كان من أبي لؤلؤة[9] [لعنه الله][10]، وأما الصغير والكبير الفاني فاتقى مالك قتلهم وهم

---

(١) سورة الحشر ، الآية (٥) .

(٢) في ق و هـ : أحرق قراهم .

(٣) أخرجه البخاري في تفسير سورة الحشر (٤٨٨٤)، ومسلم في جواز قطع أشجار الكفار (٤٤٧١) .

(٤) سقطت من هـ و ز .

(٥) نهي أبي بكر الصديق رضي الله عنه عن قطع الشجر وإخراب العامر ، رواه مالك في الموطأ في النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو ٥٧٥/١ ، وعبد الرزاق في المصنف (١٩٩/٥) ، والبيهقي في الكبرى (٨٥/٩) .

(٦) في ز : فإن ذلك .

(٧) في ك : ومن لم .

(٨) في ط : منهم .

(٩) أبو لؤلؤة : اسمه فيروز كان علجاً مجوسياً للمغيرة بن شعبة ، والذي كان منه هو قتله لعمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ . يذكر أنه كان نجاراً يصنع الأرحاء ، فسأله عمر أن يصنع له رحاً ، فقال له : لأصنعنّ لك رحاة يتحدث الناس بها في المشارق والمغارب ، فتنبه عمر ـ رضي الله عنه ـ فقال : هددني عدو الله . وكان أبو لؤلؤة ـ لعنه الله ـ قد سأل عمر أن يأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه فأبى عمر عليه لما رأى من قوته . انظر : طبقات ابن سعد (٢٥٨/١) ومابعدها. وسيرة عمر لابن الجوزي (١٩٩) ، ومصنف عبد الرزاق (٤٧٤/٥ ـ ٤٧٥) .

(١٠) سقطت من ز و هـ .

الحشوة[(١)] ، ولهم قوتل العدو[(٢)] فهم كالأموال وقوة على الجهاد ، وكتب عمر [رضي الله عنه][(٣)] بقتل من جرت عليه المواسي من الكفار ، وقال : لا يجلب إلى المدينة من علوجهم أحد[(٤)(٥)] ، قيل : فحربي أخذ ببلدنا أيكون لمن أخذه أم يكون [فيئاً][(٦)]؟، قال : قال مالك : فيمن[(٧)] وجد بساحلنا من العدو فقالوا : نحن تجار ونحوه ، فلا يقبل منهم وليسوا لمن وجدهم[(٨)] ، ويرى فيهم الإمام رأيه ، وأنا أرى ذلك[(٩)] فيئاً للمسلمين ويجتهد فيهم الإمام .

---

(١) في ط : الحشو . والحشوة : كل من لا يعتد به في القتال ولا في غيره ، ومنه حواشي الإبل ، والحواشي من كل شيء : الدون منه . انظر : التقييد (٣٤٤/١) .

(٢) أي ليُسْبَوا ويسترقوا فتزداد أموال المسلمين ويتقوَّون بذلك على الجهاد .

(٣) سقطت من هـ و ز .

(٤) في ز : ولا يجلب إلينا من علوجهم شيء .

(٥) هذا الأثر رواه ابن عبد البر في الاستذكار (٦٥/١٤) ، وابن حزم في المحلى (٢٩٩/٧) ، وهو في المدونة عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال : كتب عمر ـ رضي الله عنه ـ . . . الأثر .

(٦) سقطت من ز .

(٧) في ز : فيما .

(٨) في ز : أخذهم .

(٩) الإشارة في قوله : « وأنا أرى ذلك . . . إلخ » ترجع إلى ما سئل عنه ابن القاسم من حربي أُخذ ببلدنا ، وليس إلى ما أجاب فيه مالك ممن وجد بساحلنا ، وإنما استدل ابن القاسم على رأيه بفتوى مالك ؛ لأنه إذا كان هؤلاء الذين أُخذوا بساحلنا وقالوا : نحن تجار ، فيءٌ عند مالك فأحرى أن يكون الذي سألت عنه فيئاً ؛ لأنه لم يقل أنه تاجراً ولا طلب الأمان . فلا خلاف بين مالك وابن القاسم في المسألتين أنها فيءٌ ، وإنما أجاب مالك في واحدة فاستدل ابن القاسم بإجابته على الأخرى من باب أولى . وانظر : التقييد (٣٤٤/١) .

[في دخول تجار الكفار بلاد المسلمين وحكم أمانهم]

وإذا أُخذ الرومي وقد نزل [تاجراً][1] بساحلنا فيقول : ظننت أنكم لا تعرضون[2] من جاء تاجراً حتى يبيع ، أو يؤخذ ببلد العدو ، وهو مقبل إلينا فيقول جئت أطلب الأمان ، فهو أمر مشكل[3] ، فأرى أن يُردّ[4] إلى مأمنه ، وروى ابن وهب عن مالك في قوم من العدو نزلوا في ساحلنا[5] بغير إذن فأُخذوا ، فزعموا أنهم تجار لفظهم البحر ، ولا يعلم صدقهم ، وقد تكسرت مراكبهم ومعهم السلاح ، أو يشكون العطش الشديد فينزلون للماء بغير إذن ، أن ذلك للإمام يرى فيهم

---

(١) في هـ : للتجارة .

(٢) في ط : تعترضون .

(٣) وجه الإشكال هنا هو عدم وجود قرينة تدل على صدق هذا الرومي أو كذبه ، فإن وجدت قرينة كوجود تجارة معه دون سلاح ونحو ذلك ، فإنه يعمل بها ، وأمر هذا الرومي لا يخلوا من خمس حالات :

الأولى : أن يؤخذ مقبلاً بأرضهم ويقول : جئت أطلب الأمان .

الثانية : أن يؤخذ بأرضنا وهو تاجر ويقول : ظننت أنكم لا تتعرضون للتجار . الثالثة : أن يؤخذ بين أرضنا وأرضهم ويقول : جئت أطلب الأمان .

الرابعة : أن يؤخذ بأرضهم مقبلاً علينا ويقول : ظننت أنكم لا تتعرضون للتجار ، وفي هذه الحالات الأربع يرد إلى مأمنه ، أي محل يأمن فيه على نفسه وماله .

الخامسة : أن يؤخذ بأرضنا ويقول : جئت للأمان أو للفداء أو للإسلام ، فقيل : يردّ لمأمنه ، وقيل : يخيَّر فيه الإمام ، هذا إذا أُخذ بحدثان مجيئه ، أما إذا أُخذ بعد مجيئه بطول فيخيّر فيه الإمام بالاتفاق . انظر : منح الجليل (٣/١٧٤ ـ ١٧٥)، التقييد (١/٣٤٤) .

(٤) في ك : أن يؤدى .

(٥) في هـ و ز : بساحلنا .

رأيه[1] ، ولا يُخمّسون[2] ، وإنما الخمس فيما أوجف عليه بالخيل والركاب[3] ، قال يحيى بن سعيد : ومن زعم بعدما أُخذ ببلاد المسلمين أنه جاء لأمانٍ ، أو لتجارة ، لم يقبل منه إلا أن يكون رسولاً بعُث لأمر [مما][4] بين المسلمين وبين عدوهم ، وقال ربيعة : إن كانوا[5] من أرض متجر قد أُمنوا بالتجارة [قبل ذلك][6] فهم بمنزلة أمانٍ ، وإن لم يكن ذلك منهم قبل ذلك فلا عهد لهم ولا ذمة ، وإذا نزل تجارهم بأمان فباعوا وانصرفوا فأينما رمتهم الريح من بلاد[7] المسلمين فالأمان لهم ما داموا في تجرهم ، حتى يردوا بلادهم[8] .

[في قسم الغنائم وبيعها]

والشأن قسم الغنائم وبيعها ببلد الحرب ، وهم أولى برخصها .

[في حكم ما أحرزه المشركون من مال المسلم أو الذمي فغنمه المسلمون]

وما أحرزه المشركون من مال مسلم أو ذمي ، من عرضٍ أو عبد أو غيره أبق[9] لهم ، ثم غنمناه فإن عرف ربه قبل أن يقسم كان أحق به [بغير

---

(١) رواية ابن وهب هذه عن مالك ، وكذلك قول يحيى بن سعيد الآتي ، وربيعة ، كل ذلك موافق لقول ابن القاسم ، وليس في هذا الباب خلاف ، كما نقل الزرويلي. انظر : التقييد (١/٣٤٥).

(٢) في ز : ولا تُخَمّس .

(٣) في ك و ط : فيما أوجفت عليه الخيل والركاب . وفي ز : من الخيل والركاب . والمثبت من هـ .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في ك : إن كان .

(٦) في ط و ز و ك : فينا . والمثبت من هـ .

(٧) في ك و ز : بلد الإسلام . وفي هـ : بلد المسلمين . والمثبت من ط .

(٨) في ز : إلى بلادهم .

(٩) في ط و ك : أو أبق .

شيء][1] ولا يقسم ، ويوقف له إن غاب ، وإن لم يعرف ربه بعينه ، وعرف أنه لمسلم أو ذمي قسم ، ثم إن جاء ربه كان أحق به بالثمن ما بلغ ، ولا يجبر على فدائه ، وهو مخير ، فإن أراد[2] أخذه بالثمن لم يكن لمن في يده العبد أن يأبى ذلك ، قيل : فمن وقع في سهمه من المغنم أمة أو ابتاعها من العدو الذين أحرزوها هل يحل له وطؤها ؟ قال : إن علم أنها لمسلم فلا يطؤها ، حتى يعرضها عليه فيأخذها بالثمن أو يدع ، وسواء اشتراها في بلد[3] الحرب ، أو في بلد[4] الإسلام ، وكذلك إن كان عبداً فليُعرض[5] على سيده[6].

وما وجده السيد قد فات بعتق أو ولادة ، فلا سبيل له إليه ، ولا إلى رقه ، أخذهم من كانوا بيده في مغنم أو ابتياع من حربي أغار عليهم أو أَبَقُوا إليه ، ويمضي عتقهم .

وتكون الأمة [أم ولد][7] لمن ولدت منه[8].

ومن اشترى من المغنم أم ولد لرجل أو ابتاعها من حربي فعلى سيدها أن يعطيه جميع الثمن الذي اشتراها[9] به ، وإن كان أكثر من قيمتها ولا خيار له ، بخلاف

(١) في هـ : بلا ثمن .

(٢) في هـ : فإن شاء .

(٣) في هـ : في دار الحرب .

(٤) في هـ : بلاد .

(٥) في ك : إن كان عبداً أو عرضاً فليعرضه . وفي ز : فليعرضه .

(٦) انظر : المدونة (١٥/٢) .

(٧) سقطت من ز .

(٨) في ز : عنده .

(٩) في ز : أعطاها به .

العبيد والعروض ، فإن كان عديماً[1] أتبع بذلك ديناً [عليه][2] وأخذها، [قال ابن شهاب : في رجل عرف أم ولده في أرض الروم وقد خُمّست وأعطي أهل النفل نفلهم والقوم[3] الذي لهم فليأخذها ربها بالقيمة ، ولو عتقت لم تؤخذ فيها فدية[4].

[في الذمي يسبيه أهل الحرب ثم يغنمه المسلمون والآبق يوجد في دار الحرب]

قال ابن القاسم : وإذا سبى أهل[5] الحرب ذمياً ثم غنمناه ، لم يكن فيئاً ورُدّ إلى ذمته ، ومن وجد آبقاً بغير دار الحرب ردّه إلى مولاه .

[فيمن فدى حراً أو ذمية]

ومن فدى حراً من أيدي العدو بغير[6] أمره ، فله اتباعه بما فداه به على ما أحب أو كره .

قال يحيى بن سعيد : ومن فدى ذمية[7] فلا يطأها ، وله عليها ما فداها به وهي على أمرها ، [[قال ابن القاسم][8] وما أحرز أهل[9] الشرك من أموال المسلمين

(١) في ز : غريماً .
(٢) سقطت من هـ و ز و ك .
(٣) في ك : والقوم الذين هي لهم .
(٤) انظر المدونة ٢/١٧ .
(٥) في ط و ك : إذا أسبى في الحرب .
(٦) في هـ : بأمره أو بغير أمره .
(٧) في ز : أمته .
(٨) سقطت من ز و ط .
(٩) في ز : وما أحرزه المشركون .

فأتوا به ليبيعوه لم أحب[1] لأحد أن يشتريه منهم][2].

[في التاجر يدخل بلاد الحرب فيشتري عبيداً لأهل الإسلام]

وإذا دخلت دار الحرب بأمان فابتعت عبداً لمسلم من حربي أسره ، أو أبق إليه ، أو وهبه الحربي لك ، وكافيته عليه ، فلسيده أخذه بعد أن يدفع إليك ما أديت من ثمن أو عوض[3] ، وإن لم تثب واهبك أخذه ربه بغير شيء ، وإن بعته أنت ثم جاء ربه مضى البيع ، وإنما له أن يأخذ الثمن منك ويدفع إليك ما أديته من ثمن أو عوض ، وإن لم تؤد[4] عوضاً فلا شيء لك .

وقال غيره[5]: ينتقض بيع الموهوب [له][6] ، ويأخذه ربه بعد أن يدفع الثمن إلى المبتاع ويرجع به على الموهوب [له] [7] .

[في التاجر الحربي يدخل بلاد الإسلام فيبيع عبيداً لأهل الإسلام]

قال ابن القاسم : و[أما][8] إن نزل بنا حربي بأمان ومعه عبيد لأهل الإسلام

---

(١) قوله « لم أحبَّ » هنا على الكراهة ، لما في ذلك من إغرائهم على أموال المسلمين وتفويتها على مالكها . انظر : التقييد (٣٤٨/١)، منح الجليل (١٧٧/٣) .

(٢) ما بين المعكوفتين ورد فيه اختلاف في التقديم والتأخير بين ك وباقي النسخ . المثبت من باقي النسخ .

(٣) في ز و ط : أو عرض .

(٤) في ز : فإن لم ترد عوضاً . وفي هـ : فإن لم تؤد شيئاً .

(٥) يريد به أشهب ، والمعتمد قول ابن القاسم . انظر : التقييد ٣٤٨/١ .

(٦) سقطت من ك و هـ و ز .

(٧) سقطت من ك و هـ و ز .

(٨) في هـ : وإن نزل .

قد كان أحرزهم ، فباعهم عندنا من مسلم أو ذمي ، لم يكن لربهم أخذهم بالثمن إذ لم يكن يقدر أن يأخذهم من بائعهم في عهده ، بخلاف بيع الحربي إياهم في بلد الحرب ؛ لأن الحربي لو وهبهم في بلد الحرب لمسلم فقدم بهم كان لربهم أخذهم بغير ثمن ، وهذا الذي خرج [بهم][1] إلينا بأمان لو وهبهم لأحد لم يأخذهم سيدهم على حال .

[فيمن أسلم من أهل الحرب على ما بأيديهم ، وبأيديهم أحرار]

ومن أسلم من أهل بلد [الحرب][2] على ما بأيديهم ، وبأيديهم أحرار ذمتنا فهم رقيق لهم كعبيدنا ، وهم أحق بجميع الأمتعة من أربابها .

[في الحربي ينزل على المسلمين بأمان ومعه عبيد مسلمون]

وإن نزل بنا حربي بأمان ومعه عبيد مسلمون قد أسرهم ، فلا يؤخذوا[3] منه ، ثم لو أسلم عندنا كانوا له دون سيدهم ، كمحارب[4] أسلم على مالٍ أحرزه[5] منا بنفسه أو ابتاعه من حربي أحرزه .

[في المسلمة أو الذمية يأسرها العدو فتلد عندهم]

وإذا أسر العدو حرة مسلمة أو ذمية ، فولدت عندهم أولاداً ثم غنمها المسلمون ، فولدها الصغار بمنزلتها ، لا يكونون فيئاً ، وأما الكبار إذا بلغوا وقاتلوا فهم فيء .

ولو كانت أمة لرجل كان كبير ولدها وصغيرهم لسيدها .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) سقطت من ز و ك .

(٣) في ك و ز و هـ : فلا يؤخذون .

(٤) في هـ : كحربي .

(٥) في ز و هـ : على ما أحرز منا .

[في الحربي يسلم ويترك أهله وماله فيغنم ذلك المسلمون من بعده]

وإذا أسلم حربي ببلدة ثم قدم إلينا ، وترك أهله وماله وولده ، ثم غنمنا ذلك ، فما له [وأهله][1] وولده فيء .

[في الرجل يبتاع عبداً من الفيء فيدله على مال بأرض العدو]

قال ربيعة : من ابتاع عبداً من الفيء فدل سيده على مالٍ له أو لغيره بأرض العدو ، والعبد كافر وقد أسلم أو أعتق ، فإن دلّه [في جيش آخر فالمال لهذا الجيش الآخر دون الذين قفلوا ، ولا يكون للسيد ولا للعبد][2] وإن دله قبل أن يقفل الجيش الذين كانوا سبوه ، فهو لذلك الجيش الذي كان فيهم ؛ [لأنه إنما نال ذلك بهم][3].

[في المحاربين من أهل الذمة تلصصاً أو نقضاً للعهد]

وإذا خرج قوم من أهل الذمة محاربين متلصصين فأخافوا السبيل وقتلوا ، حكم فيهم بحكم أهل الإسلام [إذا حاربوا . وإن خرجوا نقضاً للعهد ومنعاً للجزية ، وامتنعوا من أهل الإسلام][4] من غير أن يظلموا والإمام عدل ، فهم فيء ، ومن هرب منهم إلى بلاد الحرب نقضاً للعهد فحارب ثم أسر فهو فيء ، ولا يُرد إلى ذمته إذا نقضوا [العهد][5] لغير[6] ظلم ركبوا به ، وإن كان لظلم رُدوا إلى ذمتهم ،

---

(١) سقطت من ط .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ز و هـ .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٥) سقطت من ك وط .

(٦) في ز : من غير .

ولا يكونون فيئاً ، وقال غيره[1]: لا يعود الحر إلى الرق أبداً ، ويـردون إلى ذمتـهم ، ولا يكونون فيئاً .

[فيمن أسلم من عبيد الحربيين أو المسلمين في بلاد الحرب]

ومن أسلم من عبيد الحربيين لم يزل ملك سيده عنـه ، إلا أن يخرج [العبـد][2] إلينـا أو ندخـل نحـن بلادهـم[3] فنغنمـه وهـو مسـلم وسيده مشـرك فيكـون حـراً ، ولا يرد إلى سيده [و][4] إن أسلم سـيده بعـد ذلـك ، وقـد أعتـق النـبي ﷺ عبيـداً لأهل الطائف[5] لخروجهم [إليه][6] مسلمين ، وابتاع أبـو بكـر بـلالاً[7] إذ أسـلم فأعتقه والدار دار شرك ، فلو انتقل ملك ربه عنه كـان ذلـك فـداءً ، ولم يكـن ولاؤه لأبي بكـر .

---

(١) المراد به أشهب . وقد ضعفوا قوله ، لأن أهل الذمة لم يكن لهـم عتـق مـن رق ، وإنمـا كـان لهـم عهد بالأمان ، لإعطائهم الجزية ، فـإذا رجعـوا في إعطـاء الجزيـة ، كـان للمسـلمين الرجـوع في إعطائهم الأمان . انظر : البيان والتحصيل (٣/١١ - ١٢) .

(٢) سقطت من ط و ك .

(٣) في ط و ك : بلاده .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) عتـق عبيد أهل الطائف رواه الإمام أحمد في المسند في عدة مواضع ، قـال : حدثنـا القـدوس بـن بكر بن خنيس ثنا الحجاج عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال : حاصـر رسول الله ﷺ أهل الطائف فخرج إليه عبدان فأعتقهما ، أحدهما أبو بكرة ، وكان رسـول الله ﷺ يعتـق العبيـد إذا خرجوا إليه . المسند (١/٢٤٣) ، (١/٣٤٩) .

(٦) سقطت من ط .

(٧) قصة شراء أبـي بكر لبلال رواها الحاكم في المستدرك (٣/٣١٩)، وفيها أنه اشتراه مـن أمية بـن خلف وأعطاه بدله غلاماً .

وإن خرج العبد إلينا مسلماً وترك سيده مسلماً فهو لـه [رق إن أتـى][1]، وإن باع حربـي عبداً له قد أسلم من مسلم فهو لمبتاعه رق ؛ لأن سيده لو أسلم عليه قبل أن يخرج العبد إلينا بقي لـه رقاً ، وقـال أشهب [وغيره][2]: إسلام العبد في دار الحرب يزيل ملك سيده عنه خرج إلينا أو أقـام[3] بـداره ، وإن اشتُرِيَ كـان كـالحر المسلم يُفدى فيتبعه مشتريه بالثمن .

[في عبيد الحربيين يقدمون بأمان فيسلمون ولهم مال]

قال ابن القاسم : ولو قدم إلينا عبد لرجل من أهـل الحرب بأمـان فأسـلم ومعه مال لسيده ، فالمال للعبد ولا يُخمّس ، وقد ترك النبي عليـه السـلام للمغيرة إذ قـدم مسلماً مالاً أخذه لأصحابه[4] .

[في الأسير يؤتمن على شيء]

قال يحيى بن سعيـد : وإن ائتمن الأسير[5] على شيء ، فليرد[6] أمانته ، وإن كان

---

(١) سقطت من ز .

(٢) سقطت من ز . والغير هنا يريد به سحنون نفسه ، فهو وأشهب يريان أن عبد الحربي يكون حراً بمجرد إسلامه تحت يد الحربي ، وأما ابن القاسم فيرى أن مجرد إسلامه لا يزيل عنه رق الحربي ، بل لا بد أن يفر أو يُغنم ، فحينئذ يزول عنه الرق . والمعتمد قول ابن القاسم ، وإليه أشار خليل بقوله : « وعبد الحربي يسلم حرٌّ ، فرّ أو بقي حتى غُنم ، لا إن خرج بعد إسلام سيده أو بمجرد إسلامه » . انظر : مختصر خليل (٩٥)، منح الجليل (٢٠٩/٣ - ٢١٠)، التقييد (٣٥٠/١) .

(٣) في ز : أو لم يخرج أو أقام بداره .

(٤) حديث المغيرة هذا أخرجه البخاري (٢٧٣١) في الشروط في الجهاد .

(٥) في ز وهـ : أسير .

(٦) في ز و هـ : فليؤد .

مرسلاً وقد رأى أن يأخذ من أموالهم شيئاً ، لم يؤتمن عليه ويتخلص[1] به فليفعل .

[فيما جاء في استرقاق العرب وموت الحربي المستأمن]

وتسترق[2] العرب إن سُبوا كالعجم .

وإذا مات عندنا حربي مستأمن وترك مالاً أو قتل فماله وديته[3] تدفع إلى من يرثه ببلده ، ويَعتِق قاتله رقبة ، وقال غيره[4]: تدفع ديته وماله إلى حكامهم ، وأهل النظر لهم[5]، [حتى كأنه مات تحت أيديهم][6] .

[في حكم حرق حصن العدو وفيه مسلم أو ذرية المشركين ونساؤهم]

وإذا كان مسلم في حصن العدو أو مركب لم أرَ أن يحرق أو يغرق ، لقول الله تعالى : ﴿ لو تزيّلوا لعذبنا الذين كفروا منهم عذاباً أليماً ﴾[7]، ولا يعجبني ذلك إذا كان فيهم ذرية للمشركين[8] ونساؤهم فقط ، إلا أن يكون ليس فيها غير الرجال المقاتلة فلا بأس بذلك .

وروي أن النبي ﷺ رمى أهل الطائف بالمجانيق فقيل له : إن فيها النساء

---

(١) في ط : لم يؤتمن عليه فيخلص فليفعل . وفي ك : عليه فيتخلص فليفعل . وفي ز : لم يؤتمن ويتخلص فليفعل .

(٢) سقطت من ط و ك .

(٣) في هـ : فماله وديته لورثته .

(٤) الغير هنا هو سحنون . ولم ير بعضهم خلافاً بين القولين ؛ لأننا لا نعرف ورثتهم إلا عن طريق حكامهم وأهل النظر منهم . انظر : التقييد (٣٥١/١) .

(٥) في هـ : ولأهل النظر من أهل دينهم .

(٦) سقطت من ز . وفي ط و هـ : حتى كأنهم ماتوا تحت أيديهم . والمثبت من ك .

(٧) سورة الفتح ، الآية (٢٥) .

(٨) في ك : ذرية المشركين .

والصبيان ، فقال : هم من آبائهم[1] .

[في سفينة المسلمين يحرقها العدو أو تنحرق بنفسها]

وإذا أحرق العدو سفينة للمسلمين ، فلا بأس أن يطرحوا أنفسهم في البحر ؛ لأنهم فروا من موت إلى موت ، ولم يرَ ذلك ربيعة إلا لمن طمع بنجاة ، أو اختار الأسر ونحوه ، فلا بأس بذلك ، وإن هلك في ذلك . وقال ربيعة أيضاً : إن صبر فهو أكرم له ، وإن اقتحم فقد عوفي ولا بأس به [إن شاء الله][2] .

وقال ربيعة : إن انحرقت سفينة فلا يُثقّل الرجل نفسه ليغرق وليثبت [في مركبه][3] لأمر الله .

[في الفيء والخمس وخراج الأرض][4]

قال مالك رحمه الله : الفيء والخمس سواء ، يجعلان في بيت المال ، ويُعطي منهما[5] الإمام أقرباء رسول الله ﷺ بقدر[6] اجتهاده .

---

(١) الحديث بهذا اللفظ رواه البيهقي في الكبرى ٣٨٤/٩ ، والزيلعي في نصب الراية (٣٨٣/٣)، وذكره الشوكاني في نيل الأوطار وقال : أخرجه الترمذي مرسلاً . وأخرجه أبو داود في المراسيل من طريق مكحول ، وأخرجه أيضاً الواقدي في السيرة ، وزعم أن الذي أشار برميهم بالمنجنيق هو سلمان الفارسي . انظر : نيل الأوطار (٢٨٩/٧) .

(٢) سقطت من هـ و ز .

(٣) سقطت من هـ و ك . وفي ز : وليثبت لأمر الله في مركبه .

(٤) الفيء : ما أخذ من أموال الكفار من غير حرب ، والخمس : أي خمس الغنيمة ، وخراج الأرض : الضريبة المفروضة عليها . وقد تقدمت هذه المعاني في كتاب الزكاة .

(٥) في ط وك و هـ : منه .

(٦) في هـ : ما يرى ويجتهد .

وأما جزية الأرض فلا أدري كيف كان يصنع فيها(١) ، إلا أن عمر رضي الله عنه قد أقر الأرض فلم يقسمها بين الذين افتتحوها(٢) ، وأرى لمن نزل ذلك به أن يكشف عنه من يرضاه من أهل العلم [والأمانة من أهل البلد كيف كان الأمر في ذلك](٣) ، فإن وجد عالماً يستيقنه(٤) وإلا اجتهد هو ومن بحضرته(٥) رأياً ، وكل ما يقسم مما يؤخذ من أوجه(٦) الفيء كلها فإنه ينظر إلى البلدان ، فإن تكافأت في الحاجة بدأ بالذين فيهم المال حتى يغنوا منه ، وما فضل أعطاه غيرهم أو يوقفه(٧) الإمام إن رأى ذلك لنوائب المسلمين ، وإن كان في غير ذلك البلد من هو أشد منهم حاجة فليُنقل إليهم أكثر ذلك المال .

---

(١) لعله يريد في عهد النبي ﷺ وأبي بكر ، وأما في عهد عمر فقد ذكر ما كان يصنع بها ، وقد اختلف في محمل الشك هنا ، فقيل : الشك هل توظف عليها الجزية ، أو تترك عوناً لهم ، أو هل يقسم خراجها على مفتتحيها خاصة ، أو على من افتتحها وغيرهم . أو هل توظف عليها الجزية فلا تزاد ولا تنقص ، أم تتغير بحسب اجتهاد الإمام ، وهذا الأخير هو المعتمد ـ كما سيأتي لمالك بعد قليل ـ . انظر : التقييد (٣٥٢/١).

(٢) رواه أبو عبيدة في كتابه الأموال (ص٧٤) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٤٧/٣) ، وانظر : مصنف ابن أبي شيبة (٦٣٢/٧ ـ ٦٣٣) ، ولفظه كما في الأموال : أن عمر بن الخطاب كتب إلى سعد بن أبي وقاص يوم افتتح العراق : أما بعد فقد بلغني كتابك أن الناس قد سألوا أن تقسم بينهم غنائمهم ، وما أفاء الله عليهم ، فانظر ما أجلبوا به عليك في العسكر من كراع أو مال فاقسمه بين من حضر من المسلمين ، واترك الأرضين والأنهار لعمالها ، ليكون ذلك في أعطيات المسلمين فإنا لو قسمناها بين من حضر لم يكن لمن بعدهم شيء .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك و هـ .

(٤) في ط : يشفيه .

(٥) في هـ : ومن حضره .

(٦) في ك : في أوجه .

(٧) في ز : أو يرفعه .

وكل ما أصيب من العدو فخُمّس فهو الخمس .

وكل أرض افتتحها أهل الإسلام بصلح فهي فيء ، ولا يقسمها المسلمون ، وأهلها على ما صولحوا عليه [1].

وأما كل أرض فُتحت [2] عنوة فتُركت لأهل الإسلام فهذه التي [3] قال مالك رحمه الله : يجتهد فيها الإمام ومن حضره من المسلمين .

[في الجزية]

قال ابن القاسم : وأما الجماجم [4] في [5] خراجهم فلم يبلغني عن مالك فيه شيء [6] ، وأنا أرى الجماجم تبعاً للأرض كانوا عنوة أو صلحاً ، وقيل له في موضع آخر: أرأيت جزية جماجم أهل الذمة وخراج الأرضين ما كان منها عنوة أو صلحاً ما يصنع بهذا الخراج ؟ قال : قال مالك : هذه جزية ، والجزية عند [7] مالك فيء ، وقد أعلمتك [8] ما قال مالك في العنوة .

---

(١) في ك : صولحوا عليها . وفي ز : على ما صالحوا عليه .

(٢) في ط : افتتحت .

(٣) في ط : الذي . وفي ز : هي التي .

(٤) الجماجم : الرؤوس ، أي الأفراد .

(٥) في ز : عن .

(٦) قيل : المعنى لم يبلغه عنه شيء في جزية الجماجم والأرض ، هل تجعل دفعة واحدة أم تجعل كل واحدة على حدة ، لا أنه لم يبلغه قول مالك في كل واحدة ، وعلى هذا فقوله : « لم يبلغني عن مالك شيئاً » لا يناقض قوله في موضع آخر : « قال مالك : هذه جزية . . . إلخ » . انظر : التقييد (٣٥٣/١) .

(٧) في ز : والجزية عنده فيء .

(٨) في ط : وقد أخبرتك .

[في مصرف الفيء]

قال مالك : ويعطي هذا الفيء أهل كل بلدة افتتحوها عنوة أو صولحوا عليها ، ويبدأ بفقرائهم حتى يغنوا ، وفي الزكاة[1] [الأول][2] شيء من هذا الباب .

[في السلب والنفل][3]

قيل : فمن قتل قتيلاً هل يكون له سلبه ؟ قال : قال مالك : لم يبلغني أن ذلك كان إلا في يوم حنين ، وإنما هذا إلى الإمام يجتهد فيه .

ولا يجوز نفل قبل الغنيمة ، ويجوز في أول المغنم أو آخره على الاجتهاد ، ولا يكون إلا من الخمس ، وإنما نفل النبي ﷺ يوم حنين[4] من الخمس بعد أن برد القتال ، قال ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ : والسلب والفرس من النفل .

---

(١) انظر الجزء الأول من هذا الكتاب (ص ٤٧٧) .

(٢) سقطت من ز .

(٣) السلب عند المالكية : هو ثياب المقتول وسلاحه الذي معه ودابته التي يركبها بما عليها وما كان معه من مال . أما ما كان معه من مال على دابة أخرى فهو غنيمة ، والنفل : ما يعطاه المحارب خارجاً عن استحقاقه من الغنيمة . وعند المالكية أن السلب لا يستحقه القاتل إلا بإذن الإمام خلافاً للشافعية والحنابلة الذين يرون استحقاق القاتل له بغير إذن الإمام لعموم الحديث : « من قتل قتيلاً فله سلبه » ، وسبب الخلاف هل هذا القول صادر على سبيل الفتيا فيعم أم على سبيل الإمامة فلا يعم . انظر : المغني لابن قدامة (٣٨٨/٨)، مغني المحتاج (٩٩/٣) ، بداية المجتهد (٣٨٤/١) ، الفروق للقرافي (٧/٣) .

(٤) نفل النبي ﷺ يوم حنين رواه البخاري (٣١٤٢) باب من لم يخمس الأسلاب ، ومواضع أخرى ، ومالك في الموطأ ٤٥٤/٢ كتاب الجهاد ماجاء في السلب في النفل ، ومسلم في الجهاد (١٧٥١) ، وأبو داود في الجهاد (٢٧١٧) ، والترمذي (١٥٦٢) في السير ، والبيهقي في الكبرى (٣٠٦/٦) .

قال سليمان بن موسى[1]: لا نفل في عين ولا فضة ، وأكره للإمام أن يقول : اقتلوا ولكم كذا ، أو من قاتل موضع كذا ، أو تقدم إلى الحصن ، أو قتل[2] قتيلاً فله كذا ، أو نصف ما غنم[3] ، ويكره أن يسفك [أحد][4] دمه على مثل هذا[5].

[في الأسير المسلم يقاتل مع الروم ليخلوه]

وكذلك أكره للأسير [المسلم][6] أن يقاتل مع الروم عدواً لهم[7] على أن يخلوه إلى بلد[8] الإسلام، [ولا يحل له أن يسفك دمه على هذا][9].

---

(١) سليمان بن موسى من كبار فقهاء الشام ، ومن أهل المغازي ، يُعرف بالأشدق ، توفي سنة (١١٩هـ)، تهذيب ابن عساكر (٢٨٤/٦) .

(٢) في هـ : أو من قتل قتيلاً .

(٣) في ط و ك : أو نصف ما غنمتم .

(٤) سقطت من ط .

(٥) قال مالك في المدونة : ما نفل رسول الله ﷺ إلا من بعد ما برد القتال ، فقال : من قتل قتيلاً تقوم له عليه بينة فله سلبه . وفي رسول الله ﷺ أسوة حسنة ، فكيف يقال بخلاف ما قال أو سن رسول الله ﷺ ؟ ، ولم يبلغني أن النبي ﷺ قال ذلك ولا عمل به بعد حنين ، ولو أن رسول الله ﷺ سنّ ذلك وأمر به فيما بعد حنين كان أمراً ثابتاً ليس لأحد فيه قول ، وقد كان أبو بكر بعد رسول الله ﷺ يبعث الجيوش فلم يبلغنا أنه فعل ذلك ولا عمل به ، ثم كان عمر بعده فلم يبلغنا عنه أيضاً أنه فعل ذلك . المدونة ٣١/٢ . قال ابن عبد البر في الاستذكار : أما قول مالك أنه لم يبلغه . . . فقد بلغ غيره من ذلك ما لم يبلغه ، وقد نفل رسول الله ﷺ ببدر وغيرها ، ثم ساق آحاديث صحيحة في ذلك . انظر : الاستذكار (١٤٢/١٤) .

(٦) سقطت من ز و هـ .

(٧) في ط : عدوهم .

(٨) في ط : إلى بلاد .

(٩) سقطت من ز . وفي هـ : ولا يجوز له أن يسفك دمه على مثل هذا . وفي ط زيادة بعد « على هذا » : وإنما يقاتل الناس .

[في السُّهْمان]

ويسهم للفرس سهمان ، وسهم لفارسه ، وللراجل سهم ، والبراذين[1] إن أجازها الوالي كانت كالخيل ، ولا يسهم لبغل أو حمار أو بعير ، وصاحبه راجل ، ومن له أفراس فلا يزاد على سهم فرس [واحد][2] كالزبير يوم حنين[3] ، وإذا لقوا العدو في البحر ومعهم[4] الخيل في السفن أو سرَوْا رجالة ولبعضهم خيل فغنموا وهم رجالة أُعطي لمن كان له فرس ثلاثة أسهم .

وإذا خرجت[5] من العسكر سرية ، فغنمت ، أو ردت الريح بعض المراكب إلى بلاد الإسلام مغلوبين بالريح ونفذ البعض فغنموا ، أو ضل رجل عن[6] أصحابه ببلد[7] العدو فلم يحضر قتالاً ثم رجع بعد الغنيمة ، كانت الغنيمة[8] بين السرية وبين

---

(١) البراذين جمع برذون : وهو ما كان من الخيل من غير نتاج الأعراب. انظر : اللسان (١/٣٧٠) .

(٢) سقطت من ز و هـ و ك .

(٣) قال مالك في المدونة بلغني أن الزبير شهد مع رسول الله ﷺ بفرسين يوم حنين فلم يسهم له إلا بسهم واحد . هذا الحديث أخرجه الدارقطني في سننه (٤/١١١) كتاب الجهاد . والبيهقي في الكبرى (٦/٣٢٦ ـ ٣٢٧) بإسنادين أحدهما عن طريق محمد بن إسحاق مصرحاً بالتحديث والآخر عن طريق ابن أبي الزبير الزنبيري صاحب مالك . قال البيهقي : هذا من غرائب الزنبيري عن مالك وإنما يعرف بالإسناد الأول وفيه الكفاية .

(٤) في ز : وهم والخيل .

(٥) في ز و هـ و ك : وإذا خرج .

(٦) في ز : من .

(٧) في ط : عن بلد .

(٨) في ز : فالغنيمة . وسقطت «كانت » .

من ردته الريح[1] أو ضل ، وبين جميع العسكر بعد خروج الخمس : للفارس ثلاثة أسهم ، وللراجل سهم .

ومن دخل أرض العدو غازياً فمات قبل لقاء العدو ثم غنموا [بعده][2] فلا سهم له .

وكذلك موت فرسه .

ولو شهد القتال مريضاً أو بفرس رهيص[3] ، أو مات هو أو فرسه بعد القتال قبل الغنيمة ثم غنموا بعده في قتالهم [ذلك][4] فله ولفرسه ثلاثة أسهم . ومن ابتاع فرساً ببلد[5] الحرب أُسهم له من يومئذ إن لقي به العدو .

[في السُّهمان للأجير والتاجر]

وإذا قاتل الأجير أُسهم له ، وإلا فلا ، وكذلك التاجر إذا علم منه ما علم من الأجير .

[في سُهْمان النساء والصبيان والعبيد]

ولا يُسهم للنساء ولا للعبيد ولا الصبيان [إذا قاتلوا][6] ، ولا يُرضَخ لهم ، ورأى أبو بصرة الغفاري وعقبة بن عامر الجهني أن يسهم لمن أنبت من

---

(١) في هـ زيادة : بين من ردته الريح بغلبةٍ .

(٢) سقطت من ز .

(٣) رهص الفرس : أصابه الوهن . قال ابن الأثير : أصل الرهص أن يصيب باطن حافر الدابة شيء يوهنه أو ينزل فيه الماء من الإعياء . اللسان (٣٤٢/٥) .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في ز : بدار الحرب . وفي هـ : بأرض الحرب .

(٦) سقطت من ز .

الصبيان [الأحرار][1][2].

[فيما يجوز أخذه وأكله من الغنيمة]

ولا بأس بأخذ العلف والطعام من الغنيمة والغنم والبقر لمأكله[3] بغير إذن الإمام ، أو جلود يعملونها نعالاً أو خفافاً [أو لأكفهم][4] أو لغير ذلك من حوائجهم . وإن حاز[5] ذلك الإمام فلهم أخذه بغير إذنه . [قال ابن القاسم وغيره][6]. وللرجل أن يأخذ من المغنم سلاحاً يقاتل به ويرده ، أو دابة للقتال أو ليركبها[7] إلى بلده إن احتاجها[8] ثم يردها إلى الغنيمة ، فإن كانت الغنيمة قد قسمت باعها وتصدق بالثمن ، والسلاح كذلك ، أو ما يحتاج إلى لبسه من ثياب . وروى علي وابن وهب أن مالكاً قال : لا ينتفع بدابة ولا بسلاح ولا بثوب ،

---

(١) سقطت من ز .

(٢) رواه في المدونة عن ابن وهبة عن حرملة بن عمران التجيبي أن تميم بن قرع المهري حدثه أنه كان في الجيش الذين افتتحوا الاسكندرية في المرة الأخرى ، قال : فلم يقسم لي عمرو بن العاص من الفيء شيئاً ، قال : وكنت غلاماً لم أحتلم ، حتى كاد يكون بين قومي وبين أناس من قريش في ذلك ثائرة ، قال بعض القوم : فيكم ناس من أصحاب رسول الله ﷺ فسلوهم ، فسألوا أبا بصرة الغفاري وعقبة بن عامر الجهني صاحبي النبي ﷺ فقالا : انظروا فإن كان أنبت الشعر فاقسموا له ، فنظر إليّ بعض القوم فإذا أنا قد أنبت فقسموا لي . المدونة (٢/٣٤). ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٢١٧) .

(٣) في ك و ز : ليأكله .

(٤) سقطت من ط و ك .

(٥) في ز : وإن أجاز .

(٦) سقطت من ط و هـ .

(٧) في ط و هـ : أو يركبها .

(٨) في هـ : إن احتاج إليها .

ولـو جـاز ذلـك لجاز أن يأخذ العين يشتري بها[1] هـذا[2] .

وما فضـل معه بعـد أن رجـع إلـى بلـده مـن طعـام فقـال القاسـم[3] وسـالم[4] : يأكله ، وكرها بيعه ، وقال مالك : يأكل القليل ويتصدق بالكثير .

[قال سليمان بن موسى : لا بأس أن يحمل الرجل مـن بلـد العـدو الطعـام مثـل القديد وغيره فإن باع ذلك بعد بلوغه إلى أهله صار مغنماً][5] .

وما استغنى عنه من الطعام في أرض العدو فليعطه أصحابه بغير بيـع ولا قـرض ، فإن أقرضه فلا شيء على المستقرض .

وإذا أخذ[6] هذا لحماً ، وهذا عسلاً ، وهذا طعاماً ، يتبادلونه[7] ويمنـع أحدهـم صاحبـه منـه حتـى يبادلـه فـلا بـأس [بـه][8] وكذلـك العلـف وكـل مـا أُذن

---

(١) في ط و ك و هـ : يشتري به .

(٢) قال عبد الحق : هـذا لا يلـزم ابـن القاسـم ، والفـرق بـين العـين وغيرهـا أن العـين لا ينتفـع بهـا إلا بصرف عينها وذهابها ولا مرجع لأهل الجيش فيها ، والفـرس وغـيره ينتفـع بـه وعينـه قائمـة ولـه مرجـع إلى أهـل الجيش وينتفعـون بـه ، فراكـب الفـرس غـير مسـتبد بالمنفعـة ، بخـلاف المنتفع بالعين فإنه مستبد بالمنفعة بها . والمعتمد في المذهـب مـا ذهـب إليـه ابـن القاسـم وغـيره ، وإليـه أشـار خليـل بقولـه : « وجـاز أخـذ محتـاج نعـلاً وحزامـاً وإبـرة وطعامـاً ، وإن نعمـاً وعلفـاً كثـوب وسـلاح ودابـة لـيرد ورد الفضـل إن كـثر » انظـر : التقييـد (٣٥٧/١) ، منح الجليل (١٥٥/٣ ـ ١٥٦) .

(٣) في ط و ك : قال ابن القاسم . والمثبت من ز و هـ . وهو الموافق لما في المدونة .

(٤) هما : القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، وسالم بن عبد الله بن عمر . تقدمت ترجمتهما .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ط .

(٦) في ز : فإن غنم .

(٧) في ط و ز : فليتبادلونه . وفي هـ : يتبادلوه . والمثبت من ك .

(٨) سقطت من ط و ك .

[له][1] في النفع به من المغنم فبيع ، فإن ثمنه يرجع مغنماً ويُخمّس .

[فيمن كسب شيئاً في أرض العدو بصناعة أو صيد أو نحو ذلك]

قال مالك : ومن نحت سرجاً ، أو برى سهماً ، أو صنع مشجباً[2] ببلد العدو فهو له ولا يخمّس ، [قال سحنون : معناه فيما عمل][3] إذا كان يسيراً ، [وقد قيل أنه إذا كان له قدر أنه يأخذ إجارة عمله فيه ، والباقي يصير فيئاً][4]، قال مكحول : إلا أن يجده مصنوعاً .

قال القاسم وسالم : وما كسب من صيد طيرٍ أو حيتان ، أو صنعه عبده من فخار[5] فهو له ، وإن كثر .

[في الحكم فيما ضعف المسلمون عن النفوذ به من أرض العدو]

وما ضعف المسلمون عن النفوذ به من بلد الحرب من ماشية ودواب ومتاع مما غنموه أو كان لهم ، أو ما قام[6] عليهم من دوابهم فليعرقبوا الدواب ، أو يذبحوها ، وكذلك جميع الماشية ، ولا يحرقوها[7] بعد القتل . ويحرق المتاع والسلاح .

[في الاستعانة بالمشركين في القتال]

ولا يُستعان بالمشركين في القتال إلا أن يكونوا نواتيّ[8] أو خدماً فلا بأس به .

---

(١) سقطت من ط .

(٢) المشجب : هو عود تجعل عليه الثياب . التقييد (١/٣٥٨) .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ط .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ط .

(٥) في ك : أو صنعه عندهم . وفي ط : أو صنعه عبده النجار . والمثبت من ز .

(٦) أي قام عن المشي ووقف عنه ولم يقدر عليه . انظر : التقييد (١/٣٥٨) .

(٧) في هـ و ز و ط : ولا يحرقونها .

(٨) النواتي : جمع نوتي ، وهم الملاحون في البحر . اللسان (١٤/٣١٩) .

[في ما جاء في الأمان]

[قال مالك :][1] ويجوز أمان المرأة والعبد والصبي إن عقل الأمان ، وقد قال النبي ﷺ: يجير على المسلمين أدناهم[2] ، وقال ﷺ لأم هانئ : قد أجرنا من أجرت[3] [يا أم هانئ][4][5] ، قال غيره[6]: لم يجعل ذلك أمراً يكون بيد أدناهم لا خروج للإمام عنه[7] ، ولكن ينظر الإمام فيما فعل بالاجتهاد . قال إسماعيل بن عياش[8]: سمعت أشياخنا يقولون : لا جوار للصبي ولا للمعاهد ، فإن أجارا خُيِّر الإمام بين إمضائه ورده إلى مأمنه ، [ومما روي أن عمر - رضي الله عنه - كتب بذلك أنه من أمَّنه منكم حرٌ أوعبدٌ من عدوكم فهو آمن حتى يرد إلى مأمنه أو يقيم فيكم فيكون على الحكم بالجزية ، وإذا أمنه بعض من تستعينون به على عدوكم من أهل

---

(١) سقطت من ز .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في المسند (١٢٢/١) . وأبو داود في كتاب الديات (٤٥٣٠) باب أيقاد المسلم بكافر ؟. والنسائي في القسامة (٢٤/٨) باب سقوط القود من المسلم للكافر .

(٣) في ك : قد أمّنا من أمنّت .

(٤) سقطت من ط و ك .

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الجزية (٣١٧١) باب أمان النساء ، ومسلم في كتاب الطهارة (٣٣٦) باب استحباب صلاة الضحى ، والترمذي في السير ، ما جاء في أمان العبد والمرأة (١٤٢/٤) . والنسائي في الطهارة (١٢٦/١). وابن ماجه في الطهارة (٤٦٥) باب المنديل بعد الوضوء وبعد الغسل (١٥٨/١) ، والبيهقي في الكبرى (٩٤/٩ - ٩٥) .

(٦) يريد به عبد الملك بن الماجشون . وذلك مخافة أن يكون في هذا المؤمّن ضرر فالإمام يقدر ذلك . انظر : التقييد (٣٥٩/٢) .

(٧) في ط : عنهم . وفي ك : منهم . والمثبت من ز و هـ .

(٨) إسماعيل بن عياش بن سليم العنسي ، أبو عتبة ، عالم الشام ومحدثها في عصره ، توفي سنة (١٨٢هـ) . تهذيب ابن عساكر (٣٩/٣) .

الكفر فهو آمن حتى يرد إلى مأمنه أو يقيم فيكم ، وإذا نهيتم عن الأمان فأمن أحد منكم أحداً منهم ناسياً أو عاصياً أو جاهلاً أو لم يعلم رُدَّ إلى مأمنه ، ولا سبيل لكم عليه إلا أن يشاء أن يقيم فيكم فيكون على الحكم في الجزية ، وكذلك إن أشار أحد منكم إلى أحد أن هلم فإنا قاتلوك فأتى ظناً منه أنه آمن ولم يفهم ما قال له ، وكذلك إن جاءكم رجل مطمئن تعلمون أنه جاء متعمداً ، وإن شككتم فيه فلا تردوه إلى مأمنه واضربوا عليه الجزية ، ومن وجدتموه في عسكركم ولم يعلمكم بنفسه حتى قدرتم عليه فلا أمان له ولا ذمة ، واحكموا فيه بما هو أفضل للمسلمين][1][2].

[في التكبير في الرباط]

وجائز التكبير في الرباط والحرس على البحر ورفع الصوت به بالليل والنهار ، وأكره التطريب .

[في تدوين الدواوين والعطاء]

وما كان مثل ديوان مصر والشام والمدينة مثل دواوين العرب فلا بأس .

وإذا تنازع رجلان في اسم مكتوب في العطاء[3]، فأعطى أحدهما الآخر مالاً على أن يبرأ إليه من ذلك الاسم لم يَجُز ؛ [لأنه إن كان الذي أعطاه الدراهم أخذ غير اسمه فلا يجوز شراؤه ، وإن كان الذي أعطى الدراهم صاحب الاسم فقد باع ما لا يحل له ، وإن كان الآخر هو صاحب الاسم فلا يجوز له ؛ لأنه لا يدري ما باع أقليلاً

---

(١) هذا الأثر رواه في المدونة عن ابن وهب بسنده إلى عمر بن الخطاب (٤٢/٢) ، وقد رواه أبو يوسف في كتابه الخراج متفرقاً ، انظر : الخراج (ص٢٠٢ ـ ٢٠٥) . ولم نعثر عليه في مسند عمر ولا في كتب الآثار الأخرى .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ط و ك .

(٣) وصورة ذلك أن يتفق رجلان في الاسم واسم الأب ، كأن يكون اسم أحدهما زيد بن عمر والآخر زيد بن عمر ، وفي الديوان مائة دينار لزيد بن عمر .

بكثيرٍ ، أم كثيراً بقليل][1] ، ولا يدري ما تبلغ حياة صاحبه فهذا غرر لا يجوز[2] .

وكذلك لا يجوز لمن زيد في عطائه أن يبيع تلك الزيادة بعَرَض .

قال الأوزاعي : أوقف عمر والصحابة الفيء وخراج الأرض للمجاهدين ، ففرض منه للمقاتلة والعيّال والذرية فصار ذلك سنة لمن بعده[3] ، فمن افترض فيه ونيته الجهاد فلا بأس به ، قال ابن مُحَيْريز[4] : أصحاب العطاء أفضل من المتطوعة لما يروعون[5] ، وقال مكحول : روعات البعوث تنفي روعات القيامة[6] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ورد بألفاظ مختلفة في مختلف النسخ ، والمثبت من ز ، وهـ ، وهو الموافق لما في المدونة من حيث المعنى ، والمسألة كما ترى فيها تكرار . وقد نبه عليه الشيوخ ، قال عبد الحق : جعلهم كأنهم ثلاثة ، وإنما هو تكرار وقع في المسألة ، ولا يصح من ذلك إلا وجهان . انظر : التقييد (٢/٣٦٠) .

(٢) وجه كون هذا غرراً - والله أعلم - أن العطاء ينقطع بموت صاحبه ويستمر باستمرار حياته ، فإذا باع صاحب العطاء عطاءه لآخر مثلاً بألف درهم ، وقدر العطاء مائة درهم ، فإن مات صاحب العطاء بعد البيع بيوم أو يومين فسيكون باع قليلاً بكثير ، وإن مات بعد البيع بمائة سنة فسيكون باع كثيراً بقليل ، وهو لا يدري ما تبلغ حياته ، وهذا معنى كلام المؤلف : لأنه لا يدري . . . إلخ .

(٣) فعل عمر - رضي الله عنه - بأرض الخراج سبق تخريجه .

(٤) هو عبد الله بن محيريز بن جنادة بن وهب ، الإمام الفقيه القدوة الرباني أبو محيريز الجمحي المكي ، كان من سادة التابعين ، قال رجاء بن حيوة : بقاء ابن محيريز أمان للناس . مات في دولة الوليد . انظر : سير أعلام النبلاء (٤/٤٩٦) ، تاريخ ابن عساكر (١٧/٢٠٤) .

(٥) قال الزرويلي : وذلك لأن أصحاب العطاء كالعبيد ، والعبد يأمره سيده وينهاه ويلزمه ويطوفه ويصرفه حيث شاء ، ولا كلام له معه . انظر : التقييد (٢/٣٦٠) .

(٦) انظر : المدونة (٢/٤٣) .

[في الجعائل في البعوث]

ولا بأس بالجعائل[1] في البعوث ، يجعل القاعد للخارج ، مضى الناس على ذلك لمن كان من أهل ديوان واحد ؛ لأن عليهم سد الثغور ، قال مالك : ربما خرج لهم العطاء[2] ، وربما لم يخرج ، ولا ينبغي[3] أن يجعل لمن ليس معه في ديوان ليغزو عنه .

وقد كره [مالك][4] لمن في سبيل الله[5] إجارة فرسه لمن يغزو به ، أو يرابط عليه كمن بعسقلان[6] وشبهها ، فهو إذا أجّر نفسه أشد كراهة .

قال يحيى بن سعيد : لا بأس بالطوى من ماحوز إلى ماحوز[7] [والطوى][8]

---

(١) صورة الجعائل في البعوث : أن يكون أناس مكتتبين في ديوان واحد فيريد الإمام أن يبعث بعضهم للجهاد فيريد بعض الذين ضرب عليهم البعث أن يتخلف ، فيجعل لمن لم يضرب عليه البعث جعلاً ليخرج عنه ويقيم هو . انظر : التقييد (٢/٣٦١) .

(٢) في ز : من العطاء .

(٣) في ز و ك : ولا يعجبني .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في ز و هـ و ك : لمن في السبيل .

(٦) عسقلان مدينة بالشام من أعمال فلسطين ، وردت في فضلها وفضل الرباط بها آثار كثيرة منها ما هو مأثور عن النبي ﷺ وعن أصحابه . انظر : معجم البلدان (٤/١٢٢) .

(٧) من ماحوز إلى ماحوز : أي من ناحية إلى ناحية ، والمراد بالطوى من ماحوز إلى ماحوز : مبادلة مكان بمكان ، بأن يكون قوم في ديوان واحد فيكتب الإمام بعضهم ليخرج إلى ثغر وآخر إلى ثغر ، فيقول واحد من الخارجين إلى جهة لآخر من الخارجين إلى جهة أخرى : بادلني ناحيتك بناحيتي فتأخذ ناحيتي ومخصصها المالي وآخذ ناحيتك ومخصصها المالي وأزيدك . انظر : التقييد (٢/٣٦١) .

(٨) سقطت من ط و ك .

أن يقول لصاحبه : خذ بعثي وآخذ بعثك وأزيدك كذا ، قال شريح : يكره ذلك من قبل أن يكتتبا فأما بعد الكتبة فجائز ، إلا من انتصب[1] من ماحوز إلى ماحوز [آخر][2] يريد الزيادة في الجُعل .

قال مكحول : وإذا اكتُتِب[3] في المغزى ففرض له فيه جُعل فليأخذه[4] ، وإن كان لا يغزو إلا بجعل فمكروه[5] .

[في أخذ الجزية من المجوس والبربر والفزازنة[6] والصقالبة والأبر]

قال النبي ﷺ في المجوس : سُنّوا بهم سنة أهل الكتاب[7] وأخذ عثمان [رضي الله عنه][8] الجزية من مجوس البربر[9] ، قال مالك : فالأمم كلها من الفزازنة والصقالبة والأبر والترك وغيرهم من الأعاجم ممن لا كتاب لهم[10] بمنزلة المجوس في

(١) أي : إلا من وقف نفسه لذلك فصار ذلك كالعمل له لكي يزيد مخصصه المالي .

(٢) سقطت من ط و ز .

(٣) في ك : كتب .

(٤) في هـ : فله أخذه .

(٥) انظر : المدونة ٤٥/٢ .

(٦) الفزازنة : نوع من الحبشة ، والصقالبة : نوع من النصارى ، والأبر : نوع من العجم . انظر : التقييد (٣٦١/٢) .

(٧) رواه مالك في الموطأ (٢٧٨/١) باب جزية أهل الكتاب والمجوس ، وابن أبي شيبة في المصنف باب ما قالوا في المجوس تكون عليهم الجزية (٥٨٤/٧) ، وعبد الرزاق في المصنف (٦٩/٦) . وأبو عبيدة في الأموال ص(٤٠) ، والطبراني في المعجم الكبير (٤٣٧/١٩) .

(٨) سقطت من ط و ز و هـ ، والمثبت من ك . .

(٩) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف (٥٨٣/٧) باب ما قالوا في المجوس تكون عليهم الجزية .

(١٠) في ك و ز : له .

هذا ، إذا دُعوا إلى الإسلام فلم يجيبوا ، دُعوا إلى إعطاء الجزية ويُقرُّوا على دينهم ، فإن أجابوا قُبِل منهم .

[في قتال أهل الأهواء والعصبية]

ويُستتاب أهل الأهواء [من القدرية[١] وغيرهم][٢]، فإن تابوا وإلا قُتِلوا[٣] إذا كان الإمام عدلاً ، وإن خرجوا على إمام عدل[٤] فأرادوا قتاله ، ودعوا إلى ما هم عليه دُعوا إلى السنة والجماعة ، فإن أبوا قوتلوا .

وإذا دعا الإمام أهل العصبية[٥] إلى الحق فلم يرجعوا قوتلوا .

[في قتال الخوارج والمحاربين]

والخوارج[٦] إذا خرجوا فأصابوا الدماء والأموال ثم تابوا ورجعوا وضعت الدماء

---

(١) القدرية : هم الذين يزعمون أن كل عبد خالق لفعله ، ولا يرون الكفر والمعاصي بتقدير الله تعالى ، (وهم المشهورون بالمعتزلة) . التعريفات للجرجاني (٢٢٢) .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٣) شرط قتالهم فسره في الجملة التي بعد هذه ، وهو أن يدعوا إلى ما هم عليه ، ويريدوا القتال وإلا فلا يقاتلون . وانظر : التقييد (٣٦١/٢) .

(٤) في ز : وإن خرجوا إلى العدل .

(٥) المراد بأهل العصبية : القبائل السنية يتقاتلون فيما بينهم من غير أن يخرجوا على الإمام ، وقد سئل الإمام مالك عن بعض قبائل العصبية تقاتلوا في الشام ، فقال : أرى أن يدعوهم الإمام إلى مناصفة الحق فيما بينهم فإن رجعوا وإلا قوتلوا . انظر : التقييد (٣٦٢/٢) .

(٦) الخوارج : جمع خارج ، ومعناه : الذي خلع طاعة الإمام الحق وأعلن عصيانه وألّب عليه ، ويقصد بالخوارج : الفرقة التي خرجت على علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - وثاروا عليه بعد التحكيم ثم صار لهم مذهب خاص بهم ، انظر لمذهب الخوارج : الملل والنحل (١٣٢/١)، خطط المقريزي (٣٥٠/٢) .

عنهم ، ويؤخذ منهم ما وُجد[1] بأيديهم من مال بعينه ، و[أما][2] ما استهلكوه فلا يُتبعون[3] به وإن كانوا أملياء ؛ لأنهم متأولون[4] بخلاف المحاربين[5] ، أولئك[6] لا يوضع عنهم من حقوق الناس شيء ، وإنما يسقط عنهم [إن تابوا][7] حد الحرابة .

قال ابن شهاب : هاجت الفتنة الأولى[8] فرأى جماعة من البدريين إسقاط القصاص والحدود[9] عمن قاتل في تأويل القرآن فقتل .

[في المرأة المسلمة تسبى]

ولا حدّ على امرأة سُبيت ، ولا بينها وبين زوجها ملاعنة ، ويُحدّ قاذفها وتُردُّ إلى زوجها الأول بعد أن تنقضي عدتها من زوجها الآخر ، [وترث زوجها الأول إن مات][10] .

* * *

---

(١) في ز : ما وجدنا .

(٢) سقطت من ز و هـ و ك .

(٣) في ط و ك : فلا يتبعوا .

(٤) في ط و ك : متولون .

(٥) هم الجماعة الذين حملوا السلاح ووقفوا في الطريق يصولون على الأنفس والأعراض والأموال وينشرون الذعر على وجه يتعذر معه الغوث . معجم لغة الفقهاء (ص٣٧٦) .

(٦) في ز : فإن أولئك .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ز

(٨) المراد بالفتنة الأولى : فتنة الخوارج . انظر : التقييد (٣٦٢/٢) .

(٩) أي عمن سبا امرأة وزنى بها . المرجع السابق (يقصد فيما يخص الحدود وأما القصاص فيؤخذ من قوله (عمن قاتل . . . إلخ) .

(١٠) سقطت من ط و ز .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الأيمان والنذور[1] ﴾

[في اليمين أو النذر بالمشي إلى بيت الله ، وكيف إن كثر ذلك مما لا يبلغه عمره]

ومن قال : إن كلمت فلاناً فعليّ المشي إلى بيت الله ، فكلمه لزمه المشي ، وله أن يجعلها في حج أو عمرة ، فإن جعلها[2] في عمرة مشى حتى يسعى بين الصفا والمروة ، فإن ركب بعد سعيه وقبل أن يحلق فلا شيء عليه ، وإن جعلها في حجة مشى حتى يقضي طواف الإفاضة ، فإذا قضاه فله أن يركب في رجوعه من مكة إلى منى وفي رمي الجمار[3] بمنى ، وإن أخّر طواف الإفاضة فلا يركب في رمي الجمار[4] ، وله أن يركب في حوائجه ، [كماله إذا وصل المدينة أو المناهل ماشياً أن يركب في حوائجه][5] ، أو ذكر في طريقه وهو ماشٍ حاجة نسيها فليرجع وراءها راكباً .

---

(١) اليمين في اللغة : ما دخلت عليه أدوات القسم . وفي الشرع قال الزرويلي : ما دخلت عليه أداة من أدوات اليمين أو ما علق بشرط . وقال ابن عرفة : هو قسم أو التزام مندوب غير مقصود به القربة . أو ما يجب بإنشاء لا يفتقر لقبول معلق بأمر مقصود عدمه .

والنذر في اللغة : إلتزام ما لا يلزم طاعة أم لا . وفي الشرع : عرفه الزرويلي بأنه : التزام ما لا يلزم من القرب المندوبة . وعرّفه ابن عرفة بأنه : التزام طاعة بنية قربة لا لامتناع من أمر . انظر : التقييد (٢/٢). شرح حدود ابن عرفة ص١٧٥ و ص١٩٠ .

(٢) في ز : فعلها .

(٣) في ز : الجمرات .

(٤) في هـ : فلا يركب في رجوعه من مكة إلى منى ولا في رمي الجمار .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

ومن أوجب على نفسه المشي إلى الكعبة في نذر أو يمين حلف بها[(١)] ، فعليه الوفاء به ، وإن أكثر من النذور بذلك مما لا يبلغه عمره فلا يجزيه إلا أن يمشي ما قدر من الزمان ، ويتقرب إلى الله عز وجل[(٢)] بما قدر عليه من خير ، [وقاله الليث][(٣)] .

ويمشي الحالف[(٤)] من حيث حلف ، إلا أن ينوي موضعاً فيمشي منه[(٥)] .

[في اليمين بحج أو عمرة وكيف إن وقت ذلك بيوم أم لا]

ومن قال : إن كلمت فلاناً فأنا محرم بحجة أو عمرة ، فإن كلمه قبل أشهر الحج[(٦)] لم يلزمه أن يحرم بالحجة[(٧)] إلى [دخول][(٨)] أشهر الحج ، إلا أن ينوي أنه محرم من يوم[(٩)] حنث ، فيلزمه [ذلك ، وإن كان في غير أشهر الحج][(١٠)] ، وأما العمرة فعليه أن يحرم بها وقت حنثه إلا أن لا يجد صحابة ويخاف على نفسه ، فليؤخر حتى يجد ، فيحرم حينئذ ، وإحرامه في ذلك بحج أو بعمرة من موضعه لا من ميقاته ، إلا أن ينويه فله نيته .

ومن قال : أنا محرم يوم أكلم فلاناً ، فإنه يوم يكلمه محرم ، وقوله : يوم أفعل

---

(١) في ز و ك و هـ : حنث فيها .

(٢) في ط : سبحانه .

(٣) سقطت من ز و هـ و ك .

(٤) في ك و ز : الحانث .

(٥) في ط : إلا أن تكون له نية بموضع فيمشي فيه .

(٦) في ز : في غير أشهر الحج .

(٧) في ط : بالحج .

(٨) سقطت من ز .

(٩) في ط و ك : حيث .

(١٠) سقطت من ك .

كذا فأنا أحرم بحجة ، كقوله : فأنا محرم ، وقوله : إن فعلت كذا فأنا أحج إلى بيت الله ، [أو أمشي إلى مكة أو إلى بيت الله ، أو فعلي المشي إلى مكة ، أو إلى بيت الله][1] أو فعلي حجة ، أو لله علي حجة كل ذلك سواء[2] ، ويلزمه الحج إن حنث .

قال إبراهيم والشعبي[3] : من قال : إن فعل كذا فهو محرم بحجة ، فليحرم إن شاء من عامه ، أو متى تيسر عليه ، وإن قال : يوم أفعل [كذا][4] ، ففعل فهو يومئذ محرم .

[فيمن لزمه المشي إلى مكة فعجز أو تعذر عليه]

ومن لزمه المشي إلى مكة فخرج ماشياً فعجز في مشيه فليركب فيما عجز[5] ، فإذا استراح نزل ، وعرف أماكن ركوبه من الأرض ، ثم يعود ثانية فيمشي أماكن ركوبه ، ولا يجزيه أن يمشي عدة أيام ركوبه ، إذ قد يركب موضعاً ركبه أولاً ، وليس عليه [المشي][6] في رجوعه ثانية وإن كان قوياً أن يمشي الطريق كله ، ولكن يمشي ما ركب فقط ويهدي ؛ لأنه قد فرق مشيه[7] ، قال ابن عباس : ينحر بدنة[8] ،

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٢) في ز : أو تلزمني حجة سواء .

(٣) تقدمت ترجمتهما .

(٤) سقطت من ز و ك .

(٥) في ز : فيما عجز عنه .

(٦) سقطت من ز و ك و ط .

(٧) في ز : لأنه فرق مشيه . وفي هـ : لأنه فرق بين مشيه .

(٨) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٩٢/٣) في الرجل والمرأة يحلفان بالمشي ولا يستطيعان ، وعبد الرزاق (٤٤٩/٨) ، والبيهقي في الكبرى (٨١/١٠) كلهم يسنده إلى الشعبي ، أنه سئل عن رجل يمشي إلى الكعبة فمشى نصف الطريق ، وركب نصفاً ، فقال عامر : قال ابن عباس : يركب ما مشى ويمشي ما ركب من قابل ويهدي بدنة .

فإن عجز فلم يوعب مشيه في الثانية لم يعد ثالثة وأهدى ، وإن علم في الثانية أنه لا يقدر على تمام المشي قعد وأهدى وأجزأه الذهاب الأول كانت حجة أو عمرة ، ولو علم أول خروجه أنه لا يقدر أن يمشي كل الطريق في تردداه إلى مكة مرتين ، أو كان شيخاً زمناً ، أو امرأة ضعيفة ، أو مريضاً يئس من البرء[1] فلا بد أن يخرج[2] أول مرة[3] ، ويمشي ولو نصف ميل ثم يركب بعد ذلك ويهدي وإذا رجا المريض إفاقة يقدر بعدها أن يمشي [تربص للإفاقة ، إلا أن يعلم أنه غير قادر في إفاقته أن يمشي][4] فهو بمنزلة الشيخ الكبير .

وإذا مشى حجّه كله وركب في الإفاضة [فقط][5]، أو مرض في طريقه فركب الأميال أو البريد أو اليوم ومشى البقية لم يعد ثانية وأهدى .

ولو مشى حتى سعى بين الصفا والمروة ثم خرج إلى عرفات وشهد المناسك[6] والإفاضة راكباً رجع قابلاً راكباً ، فركب ما مشى ، ومشى ما ركب ، والمشي على الرجال والنساء [سواء][7] فيما ذكرنا .

وله أن يجعل مشيه الثاني في غير ما جعل الأول من حج أو عمرة ، [إذا أبهم

---

(١) في ز و ط : أيس . وفي ك : قد يئس .

(٢) في ز : يمشي .

(٣) في ز و ط و ك : أول مرة ولو راكباً ، ويمشي ...

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٥) سقطت من ك .

(٦) في ك : شهد المناسك كلها .

(٧) سقطت من ز .

يمينه أو نذره كذلك ، فأما إن سمى حجاً أو عمرة][1] فلا يجعل الثانية إلا مثلها ، ولا يجعل المشي الثاني ولا الأول في فريضة .

[فيمن أوجب على نفسه أن يمشي حافياً أو حنث ففاته الحج أو تمتع أو قرن]

ومن قال : عليّ المشي إلى بيت الله حافياً راجلاً فلينتعل ، وإن أهدى فحسن ، وإن لم يهد فلا شيء عليه ، وهو خفيف .

ومن حلف بالمشي فحنث فمشى في حج[2] ففاته الحج أجزأه ما مشى وجعلها عمرة ، ومشى حتى يسعى بين الصفا والمروة ، ويقضي الحج قابلاً راكباً ، ويهدي لفوات الحج ، [ولا شيء عليه غير ذلك][3] ، وإن جعل مشيه في عمرة فله إذا حلّ منها أن يحج الفريضة من مكة ويكون متمتعاً إن كانت عمرته في أشهر الحج ، ولو قرن يريد بالعمرة المشي الذي عليه وبالحج فريضته ، لم يجزه من الفرض وعليه دم القران ، كمن نذر مشياً فحج ماشياً وهو صرورة[4] ينوي[5] بذلك نذره وفريضته ، أجزأه لنذره لا لفرضه ، وعليه قضاء الفريضة قابلاً .

[في اليمين بحمل رجل إلى مكة ونحوه]

ومن قال : إن فعلت كذا[6] فأنا أحمل فلاناً إلى بيت الله فحنث ، قال مالك :

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٢) في ط و ك : حجة .

(٣) سقطت من ز .

(٤) الصرورة : هو الذي لم يسبق له أن حج ، سمي بذلك لصره على نفقته ؛ لأنه لم يخرجها في الحج . انظر : المصباح (ص٣٣٨) .

(٥) في ز : فخرج ينوي .

(٦) في هـ : كذا وكذا .

يُنوّى فإن أراد التعب بحمله على عنقه حج ماشياً وأهدى[1] وليس عليه أن يحج بالرجل ، وإن لم ينوِ ذلك حج راكباً ، ويحج بالرجل معه ولا هدي عليه ، وإن أبى الرجل أن يحج حج الحالف وحده راكباً ولا شيء[2] عليه في الرجل ، وقال عنه علي[3]: إن نوى إحجاجه من ماله فلا شيء عليه إلا إحجاج الرجل ، فإن أبى الرجل [أن يحج][4] فلا شيء على الحالف ، [قال][5] ابن القاسم : وقوله أنا أحج بفلان أوجب [عليه][6] من قوله أحمله لا يريد بذلك على عنقه ؛ لأن إحجاجه إياه من طاعة الله ، فإن أبى الرجل فلا شيء عليه فيه ، ومن قال : [أنا][7] أحمل هذا العمود أو غيره إلى مكة ، طلب بذلك المشقة على نفسه فليحج ماشياً غير حامل شيئاً ويهدي .

قال إبراهيم[8]: من قال أنا أهدي فلاناً على أشفار عيني فليحجه ويهدي بدنة[9].

---

(١) الهدي هنا على وجه الاستحباب . انظر : التقييد (٢/٧) .

(٢) في ك : ولا مشي عليه في الرجل .

(٣) هو علي بن زياد ، تقدمت ترجمته .

(٤) سقطت من ز .

(٥) سقطت من هـ .

(٦) سقطت من ك و ز و هـ .

(٧) سقطت من ك .

(٨) هو إبراهيم النخعي ، تقدمت ترجمته .

(٩) قال الزرويلي : إنما أوجب عليه أن يحجه ؛ لأنه قال : أهدي فلاناً . فصيره هدياً والهدي لا بد أن يصل إلى المناسك ، وأوجب عليه الهدي لأنه قال : أهدي ، والإنسان لا يمكن أن يُهدى . انظر : التقييد : (١/٨) .

[في الاستثناء في نذر المشي]

ومن قال : علي المشي إلى مكة ، إلا أن يبدو لي أو أرى خيراً من ذلك ، لزمه المشي ، ولا ينفعه استثناؤه ، ولا استثناء لذي طلاق ، ولا عتاق[1] ، ولا مشي ولا صدقة ، ولو قال في ذلك إن شاء فلان لم يلزمه شيء حتى يشاء فلان .

[فيمن قال : عليّ المشي ، ولم يقل إلى البيت]

ومن قال : عليّ المشي ، ولم يقل إلى بيت الله ، فإن نوى مكة مشى ، وإن لم ينو ذلك فلا شيء عليه ، ولو قال مع ذلك إلى بيت الله [فليمش][2] إلى بيت الله إلا أن ينوي مسجداً فله نيته .

[في نذر إتيان المدينة وبيت المقدس والمشي إليهما]

ومن قال : لله عليّ أن آتي المدينة أو بيت المقدس ، أو المشي إلى المدينة ، أو بيت المقدس فلا يأتيهما حتى ينوي الصلاة في مسجديهما ، أو يسميهما فيقول : إلى مسجد الرسول ﷺ[3] ، أو مسجد إيليا ، وإن لم ينوِ الصلاة فيهما فليأتهما راكباً ولا هدي عليه[4] ، وكأنه لما سماهما ، قال : لله عليّ أن أصلي فيهما .

---

(١) في ز : أو عتاق .

(٢) سقطت من ط .

(٣) في هـ : في مسجد الرسول عليه السلام .

(٤) في ط : ولا شيء عليه .

[فيمن نذر الصوم أو الصلاة أو الرباط في غير المساجد الثلاثة]

ولو نذر الصلاة في غيرهما من مساجد الأمصار صلى بموضعه ، ولم يأته[1] ، ومن نذر أن يرابط أو يصوم بموضع يَتَقَرّب بإتيانه إلى الله كعسقلان والإسكندرية[2] لزمه ذلك ، وإن كان من أهل مكة والمدينة .

[في كيفية النذر الموجب للمشي وغير الموجب له]

ولا يلزم المشي إلا من قال : عليّ المشي إلى مكة ، أو بيت الله ، أو المسجد الحرام أو الكعبة أو الحجر أو الركن ، وأما غير هذا[3] كقوله : إلى الصفا أو المروة أو منى أو عرفة أو ذي طوى أو الحرم أو المزدلفة أو إلى غير ذلك[4] من جبال الحرم فلا يلزمه .

[فيمن قال : عليّ السير أو الذهاب أو الانطلاق أو آتي أو أركب إلى مكة]

ومن قال : إن كلمت فلاناً فعلي أن أسير أو أذهب أو انطلق أو آتي أو أركب إلى مكة ، فلا شيء عليه إلا [أن ينوي][5] أن يأتيهما حاجاً أو معتمراً فيأتيهما راكباً إلا أن ينوي ماشياً ، وقد اختلف قول ابن القاسم[6] في

---

(١) وذلك للحديث الوارد أنه لا تشد الرحال إلى مسجد غير هذه المساجد الثلاثة ، وقد تقدم تخريجه في الجزء الأول .

(٢) إنما كان يتقرب إلى الله بإتيان عسقلان والإسكندرية لكونهما كانتا من الثغور التي تجب حمايتها ويثاب على الرباط فيها . انظر : حاشية الدسوقي (١٧٣/٢) .

(٣) في ك : وأما غيره كقوله .

(٤) في ط : أو غير ذلك .

(٥) سقطت من ط و ك .

(٦) في ز : قول مالك .

الركوب[1] ، فأوجبه مرة ، وأشهب يرى عليه إتيان مكة في هذا كله حاجاً أو معتمراً .

[فيمن نذر هدي ما لا يملك]

ومن قال لحر : إن فعلت كذا فأنا أهديك إلى بيت الله ، فحنث فعليه هدي ، قال علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - : شاة[2] .

وإن قال : فعبد[3] فلان أو داره أو شيء من ماله هدي ، فحنث فلا شيء عليه . وقال النبي ﷺ : « لا نذر في معصية ، ولا فيما لا يملك ابن آدم »[4] .

[فيمن قال : إن فعلت كذا فعلي هدي فحنث]

ومن قال : إن فعلت كذا فعلي هدي [فحنث][5] فإن نوى

---

(١) أي في قوله : إن كلمت فلاناً فعلي أن أركب إلى مكة هل يجب عليه الركوب ؛ لأن اللفظ صريح ، أم يمكن أن يذهب إليها مشياً . ولم يختلف قوله أنه لا شيء عليه إلا أن ينوي إتيانها حاجاً أو معتمراً خلافاً لقول أشهب الذي يوجب إتيان مكة بحجة أو عمرة بمطلق قوله : علي المسير أو الركوب . . إلخ . والمعتمد في المذهب هو قول ابن القاسم ، وإليه أشار خليل في مختصره بقوله : « ولغى علي المسير والذهاب والركوب لمكة » ، قال عليش شارحاً قول خليل : ولغى أي بطل قول الشخص : لله علي أو علي المسير والذهاب والركوب والإتيان والانطلاق لمكة إن فعلت أو إن لم أفعل كذا ، إلا أن ينوي إتيانها حاجاً أو معتمراً فيأتيها راكباً إلا أن ينوي ماشياً . انظر : مختصر خليل (٩٠) ، منح الجليل (٣/١٣١) .

(٢) انظر : مصنف ابن أبي شيبة (٣/٥٠٣) في الرجل يقول للرجل : أنا أهديك .

(٣) في ز : بعير فلان .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٤١) كتاب النذور ، لا وفاء لنذر في معصية ، وأبو داود (٣/٢٣٩) كتاب الأيمان والنذور ، في النذر فيما لا يملك ، والدارمي (٢/١٨٤) ، باب لا نذر في معصية ، وأحمد في المسند (٤/٤٣٠) .

(٥) سقطت من ز .

[شيئاً][1] فهو ما نوى ، وإلا فعليه بدنة ، فإن لم يجد فبقرة ، فإن لم يجد وقصرت نفقته رجوت أن تجزيه شاة[2] ، [وزحفها[3] مالك][4] وقال : البقر أقرب شيء إلى الإبل ، ولو قال بدنة فحنث ، فالبُدن من الإبل ، فإن لم يجد بعيراً فبقرة ، فإن لم يجد فسبع من الغنم ، وكذلك لو قال لو قال : عليّ أن أهدي[5] بدنة ، فلينحر بعيراً ، فإن قصرت نفقته ولم يجد فبقرة ، ولا يجزيه شراءُ بقرة حتى لا تبلغ نفقته ثمن بدنة ، فإن لم يجد ثمن بقرة فسبع من الغنم ، فإن لم يجد الغنم لضيق وجده فلا أعرف في هذا[6] صوماً ، إلا أن يحب[7] فليصم عشرة أيام ، فإن أيسر يوماً ما[8] ، كان عليه ما نذر ، وقد قال مالك فيمن نذر عتق رقبة فلم يستطعها : إن الصوم لا يجزيه إلا أن يشاء أن يصوم ، فإن أيسر يوماً ما أعتق ، فهذا مثله .

[في اليمين بهدي ربع أو حيوان أو عروض]

ومن قال : لله عليّ أن أنحر بدنة ، أو قال : لله عليّ هدي فلينحر ذلك بمكة ، ولو قال : لله علي جزور ، أو أن أنحر جزوراً[9] ، فلينحرها بموضعه ، ولو نوى

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ط : أن لا تجزيه .

(٣) زحفها مالك : أي ضعف الإجتزاء بها، من الزحف وهو الاستثقال . والمذهب أنها تجزئ وإن كانت البدنة أفضل . انظر : التقييد (٢/١٠)، منح الجليل (١٠٢/٣) .

(٤) سقطت من ط . وفي هـ : ورجعها مالك .

(٥) في ك : أنحر .

(٦) في ط : لهذا .

(٧) في ز : يجد .

(٨) في هـ : فإن أيسر بعد ذلك يوماً ما .

(٩) في ز : ولو قال : لله عليّ أن أنحر جزوراً .

موضعاً ، أو سماه ، فلا يخرجها إليه كانت الجزور بعينها أو بغير عينها ، وكذلك إن نذرها لمساكين بلد بعينها[1] ، وهو بغيرها[2] ، فلينحرها بموضعه ، ويتصدق بها على مساكين من عنده[3] ، وسوق البُدن إلى غير مكة من الضلال .

ومن نذر هدي شيء من مال غيره لم يلزمه شيء .

وإن قال : داري أو عبدي أو شيء من ماله [مما][4] لا يهدى هو هدي ، أو حلف بذلك فحنث ، فليبعه وليبعث[5] بثمنه ، وبما أهدى من العين فيُبتاعُ به هدي[6] .

فإن لم يبعه وبعث به بعينه فلا يعجبني ذلك[7] ، ويباع هناك فيُشترى به هدي[8] ، فإن لم يبلغ ذلك ثمن هدي ـ وأدناه شاة ـ أو فضل منه ما لا يبلغ ذلك . قال مالك : يبعثه إلى خزنة[9] الكعبة ، ينفق عليها ، وقال ابن القاسم : أحب إلي أن يتصدق به حيث شاء[10] .

---

(١) في ط : لمساكين بلده .

(٢) في ك : لمساكين بلد وهو بغير . وفي ز : لمساكين بلد وهم بغيرها

(٣) في ك : على مساكين بلده .

(٤) سقطت من ز و ط و هـ .

(٥) في ز و ط و ك : ويبعث .

(٦) في ط و ك : هدايا .

(٧) « لا يعجبني » هنا على الكراهة ، وإليها أشار خليل بقوله : « وكُره بعثه » ، قال عليش : فإن بعثه بيع وأهدى به . انظر : منح الجليل (٣/١٠٧ ـ ١٠٨) .

(٨) في ط و ك : هدايا .

(٩) في ط و ك : خزينة .

(١٠) وجه قول مالك أنه لما لم يبلغ ثمن الهدي خرج عن كونه هدياً وقد قصد به جهة معينة وهي الكعبة ، فوجب أن يصرف فيها . ووجه قول ابن القاسم أنه قصد به الصدقة . وقد قال أصبغ : يتصدق به على مساكين مكة . والمشهور أن الأمر على التخيير . انظر : حاشية الدسوقي (٢/١٧١) ، التقييد (٢/١١) .

وأعظم مالك أن يشرك مع الحجبة في الخزانة أحد ؛ لأنها ولاية من النبي ﷺ إذ دفع المفاتح لعثمان بن طلحة[١].

ومن قال : إن فعلت كذا فغنمي [هذه][٢] أو إبلي [أو بقري][٣] هدي ، فحنث فليبعث بها من ذلك الموضع ، إن كانت تصل[٤] ، ويقلد الإبل ويشعرها ، والبقر لا تصل من إفريقية ولا من مصر ، فإذا خاف على هذه الهدايا[٥] أن لا تبلغ لبعد سفر ، أو لغير ذلك باعها ، وابتاع بثمن الغنم غنماً ، وبثمن الإبل إبلاً وبثمن البقر بقراً ، وجائز أن يبتاع بثمن البقر إبلاً ؛ لأنها لما بيعت صارت كالعين .

ولا أحب شراء الغنم بثمنها حتى يقصر عن ثمن بعيرٍ أو بقرة ، ويشتري ذلك

---

(١) في المدونة : قال ابن القاسم : ولقد سمعت مالكاً ، وذكروا له أنهم أرادوا أن يشركوا مع الحجبة في الخزانة ، فأعظم ذلك وقال : بلغني أن النبي ﷺ هو الذي دفع المفتاح إلى عثمان بن طلحة ـ رجل من بني عبد الدار ـ فكأنه رأى هذه ولاية من رسول الله ﷺ فأعظم ذلك أن يشرك معهم غيرهم . وحديث إعطاء مفتاح الكعبة لعثمان بن طلحة رواه عبد الرزاق في المصنف (٨٤/٥) ، والأزرقي في أخبار مكة (١٧٧/١)، والهيثمي في المجمع (٢٨٦/٣)، قال : وأخرجه الطبراني ورجاله رجال الصحيح (١٧٧/٦) . وأبو يعلى والبزار والواقدي في المغازي (٨٣٣/٢ ـ ٨٣٤) ، وابن سعد في الطبقات (٩٩/٢) ، وانظر : فتح الباري (١٣/٤) كتاب المحصر ، ومجمع الزوائد (٢٨٥/٣) ، وأصل الحديث في البخاري (٤٢٨٩) كتاب المغازي .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) سقطت من ط .

(٤) أي إن كانت يمكن أن تصل إلى مكة من غير أن يخاف عليها التلف بسبب طول السفر ـ كما مثّل له بأفريقية ومصر . انظر : المدونة (٩٣/٢) .

(٥) في ك : هذه الأشياء .

من مكة ، أو من موضع تصل ، فإن ابتاعها من مكة فليخرجها إلى الحلّ ثم يدخلها [إلى][1] الحرم .

وإن نذر هدي بدنة غير معينة أجزأه شراؤها من مكة أو المدينة فتوقف بعرفة ثم تنحر بمنى ، فإن لم توقف بعرفة ، [لم تنحر بمنى][2] وأخرجت إلى الحل إن اشتريت في الحرم ثم نحرت بمكة ، فإن لم يجد ثمنها فذلك دين عليه .

[فيمن حلف بهدي ماله أو صدقته أو عمم أو خصص أو جعله في السبيل]

ومن قال : لله علي أن أهدي مالي [أو قال : جميع مالي][3]، أو قال : مالي صدقة ، أو في سبيل الله ، أو هدي أو حلف بذلك فحنث [أجزأه الثلث ، وإن سمى شيئاً من ماله فقال : داري أو دابتي أو ثوبي أو غيره صدقة ، أو في السبيل ، أو هدي ، أو حلف بذلك فحنث][4]، أخرج ذلك كله وإن أحاط بماله ، كمن عم النساء أو خص في الطلاق .

وإن قال : ثلث مالي صدقة ، أو ثلاثة أرباعه أو أكثر فليخرج جميع ما سمى ، مالم يقل : مالي كله .

وإن قال : إن فعلت كذا فعبدي هدي فحنث ولا مال له غيره فليبعه وليشترِ بثمنه هدياً ، ولو قال : جميع مالي ، فإنما يهدي ثلثه .

وإن حلف بهدي عبده هذا وجميع ماله فحنث ، أهدى العبد وثلث[5] ما بقي

---

(١) سقطت من ز و هـ .

(٢) سقطت من ط و ك و ز .

(٣) سقطت من ز

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٥) في هـ : وأهدى ثلث ما بقي .

من المال ، [وكذلك هذا في الصدقة أو في سبيل الله][1] ، وكذلك لو قال : فرسي ومالي في سبيل الله ، أخرج الفرس وثلث ما بقي من ماله ، ومن جعل عبيده صدقة أو في سبيل الله[2] في يمين فحنث ، ففي الصدقة يبيعه ويتصدق بثمنه ، وأما في السبيل ، فليبعه ويدفع ثمنه إلى من يغزو به من موضعه إن وُجد ، وإن لم يجد فليبعث بثمنه[3] .

وإن كان فرساً أو سلاحاً أو شيئاً من آلات الحرب ، جعله في السبيل [في يمين][4] فحنث ، فليبعث ذلك بعينه [إن وجد من يقبله][5] ، فإن لم يجد من يقبله ، أو يبلغه ، فليبعث بثمنه فيجعل في مثل المبيع من كراع أو سلاح أو غيره بخلاف البقر الهدي[6] تباع إذا لم تبلغ ، فيجوز أن يشتري بثمنها إبلاً ؛ لأن تلك كلها للأكل[7] وهذا تختلف منافعه .

وإذا جعل جميع هذه [الأشياء][8] صدقة ، باعها وتصدق بثمنها ، وكذلك إن جعله هدياً فليبعه ويهدي ثمنه .

وإذا جعل مالاً أو غيره في سبيل الله ، فذلك في الجهاد والرباط ، من السواحل والثغور ، وليس جُدّة من ذلك ، وإنما كان الخوف بها مرة .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط .
(٢) في ط : أو في السبيل .
(٣) في ز : فليبعث به .
(٤) سقطت من ط و ك .
(٥) سقطت من ك و ز و هـ .
(٦) في ز : البقر التي تهدى .
(٧) في ك : لأن ذلك كله للأكل .
(٨) سقطت من هـ .

[في الذي يجعل ماله في رِتاج الكعبة أو حطيمها أو كسوتها أو طيبها]

ومن قال : مالي في الكعبة ، أو في رتاجها ، أو في حطيمها فلا شيء عليه ؛ لأن الكعبة لا تنقض فتبنى ، - والرِّتاج : الباب ، والحطيم : ما بين الباب إلى المقام[1] - وإن قال : مالي في كسوة الكعبة أو طيبها ، أهدى ثلث ماله [ويدفعه][2] إلى الحجبة .

وإن قال : أنا أضرب بمالي أو بشيء منه بعينه حطيم الكعبة [أو الركن][3] ، فعليه حجة أو عمرة ، ولا شيء عليه في ماله ، [وكذلك لو قال : أضرب بكذا أو كذا إلى الركن الأسود فليحج أو يعتمر ، ولا شيء عليه][4] إن لم يرد حملان ذلك [الشيء][5] على عنقه ، [قال ابن القاسم :][6] وكذلك هذه الأشياء .

[في الحلف بقتل الولد أو الوالد أو جعل الولد هدياً]

قال مالك : ومن قال إن فعلت كذا فأنا أنحر ولدي ، فحنث فعليه كفارة يمين ، وقاله ابن عباس[7] ، ثم رجع [مالك][8] فقال : لا كفارة عليه ، ولا غيرها ،

---

(١) هكذا في المدونة ، وهناك أقوال أخرى في تحديد موضع الحطيم ، انظرها في القاموس (١٤٤٣/٢) ، وأخبار مكة للأزرقي (٢٣/٢) .

(٢) سقطت من ط .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٥) سقطت من ك . وفي ز : إن لم ير حمله على عنقه .

(٦) سقطت من ز .

(٧) رواه عنه مالك في الموطأ (٤٧٦/٢) ، أن امرأة أتت إلى عبد الله بن عباس فقالت : إني نذرت أن أنحر ابني ، فقال ابن عباس : لا تنحري ابنك ، وكفري عن يمينك . ورواه عبد الرزاق في المصنف (٤٥٩/٨) ، وابن أبي شيبة (٥٠٣/٣) ، والبيهقي (٧٢/١٠).

(٨) سقطت من ك .

إلا أن ينوي به وجه الهدي ، أن يهدي ابنه لله ، فعليه هدي ، قال ابن القاسم : وهذا أحب إلي[1] من الذي سمعت منه [والذي سمعت منه][2] أنه إن لم يقل عند مقام إبراهيم فعليه كفارة يمين[3] ، وإن قال عند مقام إبراهيم فليهد ، قال ابن عباس : كبشاً[4] ، [وقال أيضاً ابن عباس في من جعل ابنه بدنة فليهد ديته مائة من الإبل ، ثم ندم بعد ذلك فقال : ليتني كنت أمرته أن يهدي كبشاً كما قال تعالى : ﴿ وفديناه بذبح عظيم ﴾[5][6] ، قال ابن القاسم :][7] وإن قال : أنا أنحر ولدي بين الصفا والمروة ، أو بمنى ، فعليه الهدي ، وقد قال النبي ﷺ عند المروة :

---

(١) وما رجع إليه مالك واستحبه ابن القاسم هو الذي عليه المذهب ، وإليه أشار خليل بقوله : « أو عليّ نحر فلان ولو قريباً إن لم يلفظ بالهدي ، أو ينوه » ، قال عليش معلقاً على هذه المسألة : فالأقسام ثلاثة : إن قصد الهدي والقربة لزمه ذلك اتفاقاً ، وإن قصد المعصية فلا يلزمه شيء باتفاق ، واختلف حيث لا نية . والمشهور عليه هدي ؛ لأن صيغته حقيقة عرفية في التزام هدي . انظر : مختصر خليل : (٩٠) ، منح الجليل (١٢٨/٣) .

(٢) سقطت من ط وك .

(٣) هذا هو الذي رجع عنه مالك فقال : لا كفارة عليه إلا أن ينوي به وجه الهدي ، وهو الذي ورد فيه تفصيل عليش المتقدم . أما قوله : « وإن قال عند مقام إبراهيم فليهد » ، فهذا الشق من قول مالك المتقدم لم يرجع عنه بل هو الذي عليه المذهب ، وهو قول ابن القاسم وليس فيه خلاف ، وإليه أشار خليل في مختصره بقوله : « إن لم يلفظ بالهدي أو ينوه أو يذكر مقام إبراهيم »، قال الدسوقي : أي فإن ذكره لزمه الهدي وذلك بأن يقول : لله علي نحر فلان عند مقام إبراهيم أو في مكة أو في منى . انظر : مختصر خليل (٩٠) ، منح الجليل (١٢٨/٣) ، حاشية الدسوقي (١٧٢/٢) .

(٤) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٥٠٣/٣) ، وعبد الرزاق (٤٦٠/٨) .

(٥) سورة الصافات ، الآية : ١٠٧ .

(٦) رواه ابن أبي شيبة في المصنف عن ابن عباس (٥٠٢/٣ ـ ٥٠٣) في الرجل يقول هو ينحر ابنه .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ط و ز .

« هذا المنحر ، وكل طرق مكة وفجاجها منحر[1]» . ويلزمه في نحر أبويه ما يلزمه في نحر ولده[2] .

ومن لزمته يمين فافتدى منها بمال جاز ذلك .

[في يمين الغموس][3]

ومن قال : والله ما لقيت فلاناً أمس ، وهو لا يدري ألقيه أم لا ، ثم علم بعد يمينه أنه كما حلف برّ[4] ، وإن كان خلاف ذلك أثم وكان كمتعمد الكذب ، وهي أعظم من أن تكفر .

[في لغو اليمين]

ولغو اليمين ليس كقول الرجل : لا والله ، وبلى والله[5] ، وإنما اللغو : أن يحلف بالله على أمر يوقنه ، ثم يتبين له [أنه][6] خلاف ذلك فلا شيء عليه ، ولا ثنيا ولا لغو في طلاق .

[في الموجب للمشي والصدقة من اليمين والنذر]

ولا مشي ولا صدقة ولا غيرها إلا في اليمين بالله ، أو نذر لا مخرج له .

---

(١) الحديث بهذا اللفظ رواه الطبراني في المعجم الكبير (١١/١٣٣) ، والصغير (١/٣٥٠) ، والدارمي في سننه (٢/٧٩) ، وعبد بن حميد في مسنده المنتخب (٣٥٩) .

(٢) في ز : ابنه .

(٣) سيذكر تعريف يمين الغموس في الصفحة التالية .

(٤) في ز : فهو على بِر .

(٥) خلافاً للإمام الشافعي والإمام أحمد . انظر : المجموع (١٦/٢٥٦)، والمغني (٨/٦٨٨) .

(٦) سقطت من ك .

[في أنواع الأيمان]

[قال مالك رحمه الله :][1] والأيمان [بالله][2] أربعة : يمين غموس ، ولغو يمين ، فلا كفارة [في هذين][3] ، ويمين الرجل والله لأفعلن ، ووالله لا فعلتُ : ففي هذين كفارة، [فإن رأى][4] الحنث [أفضل][5] أحنث نفسه .

والغموس : الحلف على تعمد الكذب ، أو على غير يقين ، وهي أعظم من أن تكفّر .

[في الحلف بأسماء الله وصفاته]

والحلف بجميع أسماء الله تعالى وصفاته لازم ، كقوله : والسميع والعليم ، والعزيز والخبير واللطيف ، أو قال : والله أو تالله [6] لأفعلن كذا ، أو لا أفعل كذا أو قال : وعزة الله وكبريائه وقدرته وأمانته ، أو قال لعمر الله فهي كلها أيمان تكفّر .

[في قول الرجل : عليّ عهد الله أو ميثاقه أو عشر كفالات ، ونحو ذلك]

ومن قال : عليّ عهد الله أو ذمته أو كفالته أو ميثاقه ، أو قال : علي عشر كفالات أو عشر مواثيق ، أو عشر نذور أو أقل أو أكثر ، يلزمه[7] عدد ما ذكر كفارات .

---

(١) سقطت من ط و ز .

(٢) سقطت من ط و ز .

(٣) سقطت من ز .

(٤) سقطت من ك .

(٥) سقطت من ط .

(٦) في ز : أو بالله .

(٧) في ز و ك : لزمه .

[في قول الرجل : أشهد أو أقسم من غير ذكر اسم الجلالة]

وإن قال : أشهد أو أقسم أو أحلف أو أغرم أن لا أفعل(١) كذا ، فإن أراد بالله فهي يمين ، وإلا فلا شيء عليه [وإن قال : أعزم أن لا أفعل كذا ، فليس بيمين ، وإن قال : أعزم بالله أن لا أفعل كذا ، فيمين](٢) .

[في قول الرجل : أعزم بالله عليك]

وإن قال لرجل : أعزم بالله عليك إلا ما فعلت كذا ، فيأبى ، فهو كقوله : أسألك بالله لتفعلن كذا ، فامتنع ، فلا شيء على(٣) واحد منهما .

[في اليمين المطلقة والنذر المبهم]

وإن قال : علي نذر ، أو لله علي نذر ، أو حلف بذلك فحنث ، فعليه كفارة يمين إلا أن ينوي بنذره ذلك صوماً أو فعل خير [فليزمه ذلك](٤) وله نيته .

وإن قال : علي يمين إن فعلت كذا ، ولا نية له فعليه [كفارة](٥) يمين كقوله : عليّ عهد أو نذر .

[فيما لا يكون يميناً]

قيل : فمن قال : [الحلال](٦) عليّ حرام إن فعلت كذا ، قال : لا يكون

---

(١) في ك : لأفعلن . وفي ز : لا أفعل .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٣) في ز : فلا شيء عليه .

(٤) سقطت من ز .

(٥) سقطت من ط و ك و ز .

(٦) سقطت من ط و ز .

الحرام يميناً في شيء[1] لا في طعام ، ولا في شراب ، ولا في أم ولد إن[2] حرمها على نفسه ، ولا في خادم ولا عبد إلا أن يحرّم امرأته فيلزمه الطلاق[3] ، قال زيد بن أسلم : إنما كفّر النبي عليه السلام في تحريمه أم ولده ؛ لأنه حلف بالله أن لا يقربها[4] .

ومن قال : إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو كافر بالله أو بريء من الإسلام فليست هذه أيماناً ، وليستغفر الله مما قال .

وقوله لعمري ، [أو][5] هو زانٍ ، أو هو سارق[6] ، أو قال : والصلاة والصيام والزكاة والحج أو قال : هو يأكل لحم الخنزير أو لحم الميتة ، أو يشرب [الخمر][7] أو الدم أو يترك الصلاة ، أو عليه لعنة الله أو غضبه ، أو حرَمَه الله الجنة ، أو[8] أدخله النار ، وكل ما دعا به على نفسه لم يكن شيء من هذا أيماناً[9] .

---

(١) في ط : شيء من الأشياء .

(٢) في ز : وإن .

(٣) اختلف في المذهب فيما يلزم من الطلاق بهذا اللفظ (التحريم)، والمعتمد أنه تلزمه ثلاث طلقات في المدخول بها ولا يُنَوّى ، وأما غير المدخول بها فإنه يُنَوّى فيها . انظر : المدونة (٣٩٣/٣) ، حاشية الدسوقي : (٣٨٠/٢) ، التقييد : (٧/٢) .

(٤) انظر : المدونة (١٠٧/٢) . وقصة تحريم النبي ﷺ أم ولده إبراهيم وردت بأسانيد صحيحة إلا أنها مرسلة ، منها ما أخرجه الدارقطني في سننه (٤٤/٤) كتاب الإيلاء ، وأبو داود في المراسيل (ص٢٦) ماجاء في الحرام . وابن جرير الطبري في تفسيره (١٠٠/٢٨) سورة التحريم . وقد ذكرها الحافظ ابن حجر في الفتح (٦٥٧/٨) كتاب التفسير ، سورة التحريم .

(٥) سقطت من ك .

(٦) في ط و ك : مارق .

(٧) سقطت من ز .

(٨) في هـ : أو أحرمه الله الجنة وأدخله النار .

(٩) في ز و هـ : يميناً .

وكذلك قوله : وأبي وأبيك وحياتي وحياتك وعيشي وعيشك ، وهذا من كلام النساء وضعفاء الرجال ، وأكره اليمين بهذا ، أو بغير الله ، أو برغم أنفه ، أو برغم أنفه لله ، ومن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت .

[فيما جاء في الاستثناء ، وفي الذمي يحلف فيحنث بعد إسلامه]

ومن حلف بشيء من أسماء الله أو صفاته ، أو نذر[1] لا مخرج له [منه][2] فقال : إن شاء الله ، فإن أراد بذلك الاستثناء [فلا حنث عليه ، وإن أراد به معنى قول الله تعالى : ﴿ ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله ﴾[3] ولم يرد به الاستثناء][4] فهو حانث ، وإن حدثت[5] له نية الاستثناء قبل تمام لفظه باليمين أو بعدُ ، إلا أنه لم يصمت حتى وصل بها الاستثناء أجزأه ، وإن كان بين الاستثناء واليمين[6] صمات فلا ثنيا له ، ومن استثنى في نفسه ولم يحرك لسانه[7] لم ينتفع بذلك[8] .

وإن حلف بالله ذمي أن لا يفعل كذا ، فحنث[9] بها بعد إسلامه فلا كفارة عليه .

---

(١) في ك : بنذر . وفي هـ : ومن حلف بشيء من صفات الله أو بأسمائه أو بنذر .

(٢) سقطت من ط و ك و هـ .

(٣) سورة الكهف ، الآية : ٢٣ .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٥) في ز : وإن عرض .

(٦) في ك و ط : وبين اليمين .

(٧) في ك : به لسانه .

(٨) في ك : لم ينفعه ذلك .

(٩) في ك : ثم حنث بها بعد إسلامه .

[فيمن نذر طاعة لله وماذا عليه في ذلك]

ومن قال : علي نذر أن أحج أو أفعل شيئاً من الخير ، سماه أو حلف بذلك فحنث ، فلا يجزيه إلا الوفاء بذلك[١] .

وإن قال : علي نذر إن لم أعتق رقبة ، أو إن لم أفعل[٢] من البر كذا ، فإن شاء فعله فبر ، أو تركه وكفر كفارة [يمين][٣] ، فإن ضرب لفعله أجلاً فجاوزه ولم يفعل فعليه كفارة يمين ، إلا أن يجعل لنذره مخرجاً من البر ، مثل قوله : عليّ صدقة[٤] ، أو نحوه ، أو ينوي ذلك فيلزمه ؛ لأنه مخرج نذره .

[فيمن نذر معصية وماذا عليه]

وإن قال : علي نذر إن لم أشرب الخمر أو أقتل فلاناً ، ونحوه من المعاصي ، فلا يفعل ذلك ، وليكفر كفارة يمين ، إلا أن يجعل لنذره مخرجاً[٥] من البر ، فإن اجترأ وفعل ما قال[٦] من المعصية فقد أثم وسقط عنه النذر ، كان له مخرج ، أو لم يكن .

وإن قال : عليّ نذر إن شربت الخمر[٧] ، فلا يشربها ، ولا كفارة عليه ، وهو على بر ، وإن شربها فعليه كفارة يمين ، إلا أن يجعل لنذره مخرجاً من البر فيلزمه .

---

(١) في ز و ك : إلا الوفاء به .

(٢) في ز و ط و ك : أو أفعل .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ك : عليّ نذر صدقة كذا . وفي ط : علي صدقة كذا . وفي ز : لله علي صدقة كذا .

(٥) في ز : مخلصاً .

(٦) في ز : فإن احتوى أو فعل ما فعل .

(٧) في ك و هـ : أن أشرب الخمر أو شرب الخمر . قلت : وهذه الصيغة وردت في المدونة مع الصيغة المثبتة ، ففيها : « لا نذر في معصية مثل أن يقول : عليّ نذر أن أشرب الخمر ، أو قال : عليّ نذر شرب الخمر ، فهما بمنزلة واحدة ، لا يشربها ولا كفارة عليه ؛ لأنه لا نذر في معصية الله ، وقد كذب ، وليس شرب الخمر مما ينذر لله » . المدونة (١١٢/٢) .

[فيمن نذر أن يفعل مباحاً]

ومن نذر ما ليس فعله بطاعة ، ولا تركه بمعصية ، مثل المشي إلى السوق ، ونحوه فإن شاء فعل أو ترك ، ولا شيء عليه .

[في الحالف لا فعلت ، أو إن فعلت ، أو إن لم أفعل أو لأفعلن]

ومن حلف لا فعلت كذا ، [أو إن فعلت كذا][1]، فهو على بر ، ولا يحنث حتى يفعل ذلك ، وإن قال : إن لم أفعل ، أو لأفعلن ، فهو على حنث حتى يفعله .

[فيمن حلف بطلاق أو عتق أو مشي أو بالله ليفعلن]

ومن حلف بطلاق أو عتق أو مشي أو بالله ليضربن فلاناً أو ليقتلنه ، فإن ضرب أجلاً فهو على بر ، وإنما يحنث إذا حل الأجل ولم يفعل ، وإن لم يضرب أجلاً ، فهو على حنث ولا ينبغي له أن يفعل ذلك ، وليكفر أو يمشي ويطلق عليه الإمام أو يعتق إن رُفِع ذلك إليه بالقضاء ، فإن اجترأ ففعل ذلك قبل النظر فيه زالت عنه أيمانه .

ومن قال لامرأته[2]: والله لأطلقنك ، فليس بمولٍ ، ولا يمنع من الوطء ، فإن شاء طلق فبرّ في يمينه ، وإن لم يطلق لم يحنث إلا بموته ، أو موتها ، ولا يجبر على الكفارة .

ومن قال : والله لأفعلن كذا ، فإن ضرب أجلاً فلا يكفر حتى يمضي الأجل .

[في قول الرجل لامرأته : أنت طالق إن لم أفعل كذا أو إن فعلت]

ومن قال لامرأته : أنت طالق واحدة إن لم أتزوج عليك ، فأراد أن لا يتزوج

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٢) في ز : ومن قال لزوجته .

[عليها][1] فليطلقها طلقة ثم يرتجعها فتزول يمينه[2] ، ولو ضرب أجلاً كان على بر ، وليس له أن يُحَنِّث نفسه قبل الأجل ، وإنما يَحْنَث إذا مضى الأجل ولم يفعل ما حلف عليه .

وإن قال لها : أنت طالق إن لم أفعل كذا[3] ، حيل بينه وبينها حتى يفعل ذلك وإلا دخل عليه الإيلاء ، وإن كانت[4] يمينه لا فعلت ، لم يُحَل بينه وبينها ؛ لأنه على بر [حتى يفعل ذلك فيحنث][5] .

[فيمن قال لنسائه : والله لا أجامعكن ، فجامع واحدة]

ومن قال لنسائه الأربع : والله لا أجامعكن ، فجامع واحدة منهن حنث ، وإنما يلزمه إذا وطىء إحداهن أو كلهن كفارة واحدة ، وله أن يطأ البواقي قبل أن يكفر ، إذ[6] كان له أن يطأهن كلهن قبل الكفارة [7] .

[فيمن حلف أيماناً على شيء أو أشياء]

[ومن قال : والله لا أدخل دار فلان ، والله لا أكلم فلاناً ، والله لا أضرب

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) في ط : فتزول منه .

(٣) في هـ : كذا وكذا .

(٤) في ط و ك : كان .

(٥) سقطت من ز ، وفي ط و ك : حتى يفعل فيحنث .

(٦) في ط و ز : إذا . وفي ك : كما .

(٧) في ك زيادة وهي : وكذلك إذا قال : والله لا أجامع واحدة منكن ، فحنث بمجامعة واحدة منهن فوجبت عليه الكفارة ، أنه يجامع البواقي ولا كفارة عليه ، بخلاف قوله في الظهار لنسائه : من دخلت منكن الدار فهي علي كظهر أمي ، فدخلت الدار منهن واحدة أنه يلزمه الظهار فيهن كلهن ظهاراً واحداً ، ولم يتكرر الظهار عليه إذا دخل البواقي .

فلاناً ، فعليه ها هنا لكل صنف فعله كفارة][1] .

ولو قال : والله لا أدخل دار فلان ، ولا أكلم فلاناً ، [ولا أضرب فلاناً][2] ، ففعل ذلك كله أو بعضه ، أجزأته[3] كفارة واحدة ولا شيء عليه في فعل ما بقي .

ومن حلف بالله أن لا يفعل كذا ، ثم ردد اليمين في ذلك مراراً في مجلس واحد أو مجالس ، ثم حنث ، فكفارة واحدة تجزيه عن ذلك ، نوى باليمين الثانية غير الأولى ، أو بالثالثة غير الأولى والثانية[4] ، أو لم ينو شيئاً ، فهي[5] يمين واحدة ، إلا أن ينوي أن عليه ثلاثة أيمان كالنذور ، فيلزمه ثلاث كفارات ، سواء [قال في يمينه :][6] لله عليّ ، أم لا .

وإن قال : والله لا أكلم فلاناً ، ثم قال : عليّ حجة أو عمرة إن كلمته ، فهما يمينان إن حنث لزمتاه جيمعاً .

[في الكفارة قبل الحنث]

واستحب مالك الكفارة بعد الحنث ، فإن كفر قبل [الحنث][7] أجزأه ، وكذلك المولي .

وإن كفر بالصوم معسر قبل حنثه ، ثم حنث بعد يسره فلا شيء عليه .

---

(١) سقطت من ط و ز .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ز : لزمته .

(٤) في ك : أو بالأولى غير الثانية .

(٥) في ز : فهن .

(٦) سقطت من ز .

(٧) سقطت من هـ .

[فيمن حلف أن لا يفعل الشيء حيناً أو زماناً أو دهراً]

[قال مالك :][1] ومن حلف ألا يفعل شيئاً إلى حين أو زمان أو دهـر ، فذلـك كلـه سنَـة ، وقال عنه ابن وهب : إنه شك[2] في الدهر أن يكون سنـة[3] .

[في كفارة العبد]

وإذا حنث العبد في اليمين بالله فكسا أو أطعم بإذن سيده ، رجـوت أن يجزيـه ، وليس بالبيّن [4] ، والصوم أحب إلـيّ[5] ، وأما العتـق فـلا يجزيـه وإن أذن لـه سـيده ، إذ الولاء لسيده[6] ، وصومه وفعله في كل كفارة كالحر .

ولو حنث في رقه ثم كفّر بالعتق بعد أن عَتَق أجزأه .

---

(١) سقطت من ط و هـ .

(٢) في ط و ك : أنه إن شك .

(٣) انظر : المدونة (١١٧/٢) . والمعتمد في المذهب أنه سَنة ، وإليه أشـار خليـل بقولـه : « وسنة في حين وزمان وعصر ودهر » ، مختصر خليل (ص٨٧) .

(٤) وذلك لنقصان ملكه لماله . انظر : التقييد ٢٢/٢ .

(٥) وردت العبارة في المدونة هكذا : « قـال مـالك : الصيـام أحـب إلي ، وإن أذن لـه السيد فـأطعم أو كسا فما هو عندي بالبين ، وفي قلبي منــه شـيء ، والصيـام أحـب إلي ، قـال ابـن القاسـم : وأرجـو أن يجـزئ عنـه إن فعـل ومـا هـو عنـدي بـالبين » ، قـال الدسـوقي : « وفي قلـبي منـه شيء . . . إلخ » هـذا مـن كـلام سـحنون . قـال عليش : « وفي قلـبي منـه شـيء » أي كراهـة ونفرة ، وكونه ليـس بـالبين ، قيـل : لنقصـان ملـك العبـد . والمعتمـد في المذهـب جـواز إطعـام العبد في كفارة اليمين إذا أذن له سيده ، قـال ابـن القاسـم : لأن السـيد لـو كفـر عنـه بالطعـام أو رجل كفّر عن صاحبه بالطعام أجزأه . انظر : المدونة (١١٨/٢) ، التقييـد (٢٢/٢) ، حاشـية الدسوقي (٤٥٥/٢ ـ ٤٥٦) ، منح الجليل (٢٦٧/٤ ـ ٢٦٨) .

(٦) في هـ : إذ الولاء ليس له .

[في صفة الإطعام]

ولا تغربل الحنطة في كفارة اليمين ، إلا أن تكون مغلوثة [1] .

قال مالك : والإطعام في كفارة اليمين بالله مُدّ قمح ، لكل مسكين عندنا بالمدينة ؛ لأنه وسط عيشهم ، فأما سائر الأمصار فإن لهم عيشاً غير عيشنا ، فليخرجوا[2] وسطاً من عيشهم ، وقال ابن القاسم : حيثما أخرج مداً بمد النبي ﷺ أجزأه ، [ولا يجزيه أن يخرج قيمة الطعام عرضاً ، وإن غدّى وعشّى في كفارة اليمين بالله أجزأه ،][3] ولا يجزيه غداء دون عشاء ، ولا عشاء دون غداء ، ويطعم الخبز مأدوماً بزيت ونحوه .

[في مصارف كفارة اليمين]

ويعطى الفطيم من طعام الكفارة [مثل ما يعطى الكبير][4] .

ومن عليه يمينان فأطعم عن واحدة[5] مساكين ، كرهت له إعطاءهم لليمين الأخرى[6] وإن لم يجد غيرهم في مكانه[7] أو بعد أيام ، وليطلب سواهم .

ولا يعطى من[8] شيء من الكفارات ذمي[9] أو عبد أو أم ولد ، وإن كان

---

(١) مغلوثة : أي مخلوطة بشيء ، من الغلث وهو الخلط . انظر : اللسان (١٠/١٠٠) .

(٢) في ط و ك : فيخرجوا .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٤) سقطت من ط و ك .

(٥) في ز : عن واحد .

(٦) في ز : لليمين الآخر .

(٧) في ك و ط : غيرهم مكانه . وفي ز : غيرهم مكانهم .

(٨) في ط : في .

(٩) في ك : لذمي .

سيدهم[1] محتاجاً ، فإن فعل وأعطى منها لغني لم يعلم به ، لم يجزه ، وكذلك الكسوة .

ويُعطى منها من له دار وخادم ، لا فضل في ثمنهما عن سواهما ، كما يُعطى من الزكاة ، ولا يعجبني[2] أن يعطي منها لذي قرابة منه لا تلزمه[3] نفقته ، فإن فعل أجزأه إذا كان محتاجاً ، وكذلك الزكاة وجميع الكفارات .

[في تخيير المكفر بين خصال الكفارة]

[قال مالك :][4] ومن حلف بالله فحنث ، فهو مخير في إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو عتق[5] رقبة .

[في صفة الصوم في كفارة اليمين]

ولا يجزيه الصوم وهو قادر على شيء من هذا ، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام [متتابعات أحب إليّ ، فإن فرقها أجزأه ، وإن أكل أو شرب ناسياً في صومها[6] قضاه ، وإن حاضت فيه امرأة بَنَتْ إذا طهرت ، ولا يجزيه صوم الكفارة][7] في أيام التشريق إلا اليوم الرابع فعسى به أن يجزيه إن صامه ، ولا يجزيه الصوم إن كان له[8]

---

(١) في ط و ك : سيده .

(٢) « لا يعجبني » هنا على الكراهة ـ كما تقدم في الزكاة ـ . وانظر : التقييد (٢/٢٢) .

(٣) في ط : وإن كان لا تلزمه . وفي ز : يعطي منها ذا قرابة له منه لاتلزمه نفقته .

(٤) سقطت من ط و ز .

(٥) في ز و ك : تحرير .

(٦) في ط و ك : ناسياً لصومها .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٨) في ز و هـ : وله .

مال غائب وليستلف ، وإن كان له مال [غائب][1] وعليه دين مثله ، أجزأه الصوم ، [ولا يجزيه الصوم][2] إن كان يملك داراً أو خادماً ، وإن قل ثمنهما كالظهار .

[في صفة الكسوة]

وإن كسا في الكفارة لم يجزه إلا ما تحل الصلاة فيه ، ثوباً للرجل ، ولا تجزيه[3] عمامة وحدها ، وللمرأة درع وخمار .

[في صفة الرقبة المجزئة في العتق]

وعتق من صلى وصام في كفارة الأيمان[4] أحب إليّ ، فإن أعتق [فطيماً][5] أو رضيعاً لقصر النفقة رجوت أن يجزيه ، وكذلك الأعجمي[6] ، ويجزئ في ذلك ما يجزئ في الظهار وواجب الرقاب ، ولا يجزئ أقطع اليد ، أو الرجل ، وأما الأعرج فقد كرهه [مالك][7] مرة[8] وأجازه مرة [أخرى][9] ، وآخر قوله لا يجزئ إلا أن يكون عرجاً خفيفاً[10] ، قال ابن شهاب : ولا يجزئ عتق أعمى

(١) سقطت من ط و ك و ز .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ط و ك و ز : ولا تجزي .

(٤) في ك : في كفارة اليمين .

(٥) سقطت من ز .

(٦) في ط و ك : أعجمياً . والأعجمي : هو من يجبر على الإسلام من مجوسي كبير وكتابي صغير لا يعقل دينه . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٤٨/٢)، ومنح الجليل (٢٤٩/٤) .

(٧) سقطت من ط .

(٨) في ز : مرة واحدة

(٩) سقطت من هـ .

(١٠) وهو الذي عليه المذهب وأشار إليه خليل بقوله : « وهرم وعرج شديدين » قال عليش : مفهومه أن الخفيفتين لا تشترط السلامة منهما » انظر : منح الجليل (٢٥٠/٤) .

ولا مجنون ولا أبرص ، قال عطاء : ولا أشل ولا صبي لم يولد في الإسلام ، قال ابن القاسم : ولا رقبة غير مؤمنة ، ولا مدبر ولا مكاتب ، ولا أم ولد ، ولا معتق إلى أجل ، ولا من يعتق عليه إذا ملكه ، ولا رقبة اشتراها بشرط العتق ، ولا زوجته إذا ابتاعها حاملاً فأعتقها قبل أن تضع في شيء من الكفارات ، وتجعل[1] الزوجة بذلك الحمل أم ولد إذا ابتاعها ، ولا أحب[2] له [أن يعتق][3] في عتق واجب عليه إلا ما كان يملكه بعد ابتياعه[4] ولا يعتق عليه .

[فيمن اشترى رقبة بشرط العتق أو كفّر عن غيره]

ويجوز شراء رقبة بشرط العتق ليعتقها تطوعاً .

ومن كفر عن أحد بعتق أو غيره بأمره أو بغير أمره أجزأه ، كمكفّر بعتق عن ميت .

[فيمن كفّر بثلاثة أصناف عن ثلاثة أيمان ولم ينو لأحد منهم صنفاً بعينه]

ومن كسا وأطعم وأعتق عن ثلاثة أيمان ولم ينوِ لأحد الأيمان بعينه صنفاً من ذلك أجزأه ، وكذلك إن أعتق عبده عن أحد الأيمان بغير عينه أجزأه ، وإن نوى بعتقه [عن][5] جميعها لم يجزه .

---

(١) في ز : وقد تجعل . وفي ط وردت الجملة محرفة .

(٢) « لا أحب » هنا بمعنى : لا أبيح له ، فهي على الوجوب ؛ لأن المذهب أن من اشترى من يعتق عليه كأصله أو فرعه أو حاشيته القريبة أو علق عتقه على شرائه نحو : إن اشتريته فهو حر ، لا يجزئ عتقه ؛ لأن عتقه للقرابة أو للتعليق لا لليمين . انظر : حاشية الدسوقي (٤٤٩/٢)، التقييد (٢٤/٢) ، منح الجليل (٢٥١/٤).

(٣) سقطت من ط .

(٤) في هـ : ابتياعه إياه .

(٥) سقطت من ز .

ولا يجزيه أن يكفر يمينه بإطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة[(1)]، ولا يجزه إخراج قيمة الكسوة عيناً ، ولا [يجزئ][(2)] إخراج الكفارة في بناء مسجد ، أو كفن ميت ، أو قضاء دين عنه[(3)]، أو معونة في عتق .

وأكره[(4)] أن ترجع إلى الرجل صدقته [التطوع أو الواجبة ، ببيع أو هبة أو صدقة][(5)]، [وجائز بميراث][(6)].

---

(1) اختلف قول ابن القاسم في مسألة التلفيق بين الكسوة والإطعام في كفارة واحدة ، فقال هنا : لا يجزيه ؛ لأن الله تعالى خير بين الأنواع دون أجزائها ، وقال في كتاب محمد (الموازية) بالإجزاء . قال اللخمي : وهو أحسن ؛ لأن كل واحد من النوعين سد مسد الآخر ، والمشهور عدم الإجزاء ، وإليه أشار خليل بقوله : « ولا تجزئ ملفقة » . انظر : منح الجليل (٣/٢٤)، الذخيرة (٤/٦٨) .

(٢) سقطت من ط و ز و هـ .

(٣) في ك : قضاء دين عليه .

(٤) اختلف في الكراهة هنا ، هل هي على بابها أو على التحريم ؟ فظاهر الموازية أن الكراهة هنا للتحريم ، لما روي في الحديث المتفق عليه أن عمر ـ رضي الله عنه ـ تصدق بفرس جواد على رجل فلم يقم بحقه ، فاستشار النبي ﷺ في شرائه منه ، فقال له النبي ﷺ : « لا تشتره ولو أعطاكه بدرهم ، العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه » ، قال ابن عرفة : التعليل يدل على ذم الفاعل بتشبيهه بالكلب العائد في قيئه ، والذم على الفعل يدل على حرمته ، وعبّر ابن عبد السلام عن المشهور بالكراهة ، وفيه نظر ، ولم يحك ابن رشد في سماع عيسى غير لفظ الجواز .

قلت : وظاهر المدونة هنا أن الكراهة على الحرمة لقوله : « وجائز بميراث » مفهومه عدم الجواز بغير ميراث ، وفد مشى خليل في مختصره على الكراهة حين قال : « وكره تملك صدقة بغير ميراث » . انظر : التقييد (٢/٢٥)، منح الجليل (٨/٢١١ـ٢١٢)، مختصر خليل (٢٤٠).

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

[فيمن حلف أن لا يأكل طعاماً فأكل بعضه أو ما تولد منه أو ما اشتري بثمنه]

ومن حلف أن لا يأكل هذا الرغيف حنث بأكل بعضه[1] ، وإن حلف ليأكلنه لن يبر إلا بأكل جميعه ، وإن حلف ليأكلنه[2] اليوم فأكل اليوم بعضه وفي غدٍ بعضه حنث ، وإن حلف لا يأكل هذا الدقيق[3] أو هذه الحنطة أو من هذه الحنطة ، فأكلهما بحالهما أو أكل خبزيهما أو سويق الحنطة حنث ؛ لأن هذا هكذا يؤكل .

وإن حلف أن لا يأكل من هذا الطلع فأكل بسره أو رطبه أو تمره حنث ، إلا أن ينوي الطلع بعينه ، وإن[4] حلف أن لا يأكل من هذا اللبن فأكل من زبده أو جبنه ، حنث ، إلا أن تكون له نية ، وإن حلف أن لا يأكل بسر هذه النخلة أو بسراً[5] منها ، فأكل من بلحها لم يحنث .

وإن حلف أن لا يأكل من هذه الحنطة أو من هذا الطعام ، فلا يأكل ما اشتري بثمنهما من طعام ولا ما أنبتت[6] الحنطة ، إن نوى وجه المن[7] ، وإن كان لشيء في الحنطة من رداءة ، أو سوء صنعة في الطعام لم يحنث بأكل ما ذكرنا .

---

(١) في ك : فأكل بعضه حنث .

(٢) في ز : وإن حلف ليأكله اليوم .

(٣) في ز : الرغيف .

(٤) في ز و هـ : أو .

(٥) في ز : تمراً .

(٦) في ط : ما أنبتته .

(٧) أي إن نوى بيمينه أن يقطع المنَّ عنه بذلك من المحلوف عليه ، بأن قال له : لولا أنا أطعمك ما عشت . انظر : منح الجليل (٦٢/٣) .

[فيمن حلف أن لا يشرب شيئاً يؤكل ، أو لا يأكل شيئاً يشرب]

وإن حلف أن لا يشرب هذا السويق فأكله[1] حنث ، إلا أن ينـوي الشـرب لما يعرض منه من نفخ أو غيره فلا يحنث إذا أكله .

وإن حلف أن لا يأكل هذا اللبن فشربه حنث ، إلا أن تكون له نية .

[فيمن حلف أن لا يأكل شيئاً فأكل شيئاً خلط به]

وإن حلف أن لا يأكل سمناً فأكل سويقاً لُتّ بسمن حنث ، وجد طعمه أو ريحه أم لا ، إلا أن ينويه خالصاً .

وإن حلف أن لا يأكل خـلاً فأكل لحماً[2] طُبخ بخل لم يحنث[3]، إلا أن ينـوي ولا ما طُبخ بـخـل .

[فيمن حلف ألا يهدم بئراً]

وإن حلف ألا يهدم هذه البئر ، حنـث بهـدم حجـر منـها ، إلا أن ينـوي هـدم جميعها .

[فيمن حلف أن لا يفعل فعلين ففعل أحدهما]

وإن حلف أن لا يأكل خبزاً وزيتـاً فـأكل أحدهمـا ، أو لا يفعـل فعلـين ، ففعـل أحدهما حنث ، إلا أن ينوي جميعهما فلا يحنث .

[فيمن حلف ألا يأكل طعاماً فذاقه]

وإن حلف في طعـام أو شـراب أن لا يأكلـه فذاقـه ، فـإن لم[4] يصـل إلى جوفـه لم يحنث .

---

(١) في ط و ك : وأكله .

(٢) في ز و ط و ك : مرقاً .

(٣) في ط و ز : فلا يحنث .

(٤) في ك : فلم يصل .

[فيمن حلف ألا يأكل لحماً فأكل شحماً أو لحم حـوت أو ألا يـأكل رؤوسـاً فأكل رؤوس سمك ونحو هذا]

وإن حلف ألا يأكل لحماً فأكل شحماً أو لحـم حـوت ، أو حلـف أن لا يـأكل رؤوساً [أو بيضاً][1] ، فأكل رؤوس سمك أو طير أو بيضهما حنث ، إلا أن تكون له نية أو ليمينه بساط[2] فيحمل عليه ، وإن حلف أن لا يأكل شحماً فأكل لحماً لم يحنث.

[فيمن حلف ألا يكلم زيداً فأم قوماً فيهم زيد]

[قـال مالـك :][3] ومـن حلـف أن لا يكلم زيداً ، فأمّ قومـاً فيـهم زيـد فسـلّم من الصلاة عليهم[4] ، أو صلى خلف زيد ، وهو عالم به ، فردّ عليه السلام حين سلّم من صلاته لم يحنـث ، وليـس مثـل هـذا كلامـاً ، ولـو سـلّم علـى جماعـة وهـو فيـهم حنث ، علم به أم لا ، إلا أن يُحاشي[5] ، ولو مرّ [بـه][6] في جـوف الليـل فسـلّم عليه وهو لا يعرفه حنث[7].

---

(١) سقطت من ز .

(٢) بساط اليمين : هو السبب المثير لليمين والحامل عليـها ، وهـو المعبر عنـه في علـم المعـاني بالمقـام وقرينة السياق ، وقد لا يكون سبباً في بعض الأحيان ، قال الناظم :

يجري البساط في جميع الحلف وهـو المثـير لليميـن فاعـــرف

انظر : الشرح الصغير (٢/٢٢٦) ، حاشية الدسوقي (٢/١٣٩) .

(٣) سقطت من ز و ط و هـ .

(٤) في ط : حين سلم عليه من صلاته . وفي ز : وهو عالم بـه يرد عليه من صلاته .

(٥) يحاشي : أي يخرج الحالف المحلوف عليه من الجماعة الذين أراد السلام عليـهم بلفـظ أو نيـة قبـل السلام عليهم أو في أثنائه ، فإن أتم السـلام قبـل محاشاتـه فـلا بـد مـن محاشاتـه بـاللفظ بشروطـه ولا تكفي النية ، فالمراد بالمحاشاة هنا ما يشمل الأمرين . انظر : منح الجليل (٣/٦٩) .

(٦) سقطت من ك .

(٧) في هـ : ولو مر به في جوف الليل وهو لا يعرفه فسلم عليه حنث . وفي ز : وهو لا يدري .

[فيمن حلف ألا يكلم فلاناً فكتب إليه أو أرسل]

قال مالك : وإن حلف أن لا يكلم فلاناً فكتب إليه كتاباً أو أرسل إليه رسولاً حنث ، إلا أن ينوي مشافهته .

ثم رجع فقال : لا يُنوّى في الكتاب ويحنث ، إلا أن يرتجع[1] الكتاب قبل وصوله إليه فلا يحنث[2] .

[فيمن حلف أن لا يساكن رجلاً ، أو لا يساكن أخته امرأته وما يحنث به من ذلك]

ومن حلف أن لا يساكن فلاناً[3] ، فسكن كل واحد منهما في مقصورة[4] في دار جمعتهما ، فإن كان إذ حلف هذا[5] في دار واحدة وكل واحد منهما في منزله[6] حنث ، وإن كان في بيت فلما حلف انتقل عنه إلى منزل في الدار ، يكون مدخله ومخرجه ومرفقه في حوائجه على حدة لم يحنث ، إلا أن يكون نوى الخروج من الدار ، وكذا[7] إن حلف أن لا يساكن[8] أختَه امرأته وكانتا ساكنتين في حجرة

---

(١) في ط و ز : يرجع .

(٢) والذي رجع إليه مالك من عدم التنوية في الكتابة هو الذي عليه المذهب ، وإليه أشار خليل بقوله : « وبكتاب إن وصل أو رسول ، في لا كلّمه ولم ينوّ في الكتاب » .انظر : مختصر خليل : (٨٥) ، حاشية الدسوقي (١٤٦/٢) ، منح الجليل (٦٦/٣) .

(٣) في ط : أخاه .

(٤) مقصورة الدار : ناحية منها مخصوصة ، مقصورة على صاحبها لا يدخلها غيره . قال في المصباح : ومقصورة الدار : الحجرة منها . المصباح (٥٠٥) .

(٥) في ز : إذ حلف أحدهما .

(٦) في ط و ك : منزله منها حنث . وفي ز : منزله منهما .

(٧) في هـ و ز : وكذلك .

(٨) في ز و هـ : أن لا تساكن .

واحدة ، فانتقلتا إلى دارٍ سكنت هذه في سفلها ، وهذه في علوها ، وكل مسكن مستغن عن الآخر بمرافقه إلا أن سُلَّم العلو في الدار ، ويجمعهما[1] باب واحد فلا يحنث .

وإن حلف أن لا يساكن فلاناً وهما في دار فساكنه في قرية أو مدينة لم يحنث ، إلا أن يساكنه في دار .

فإن حلف أن لا يساكنه فزاره ، فليست الزيارة بسكنى ، وينظر إلى ما كانت عليه يمينه ، فإن كان لما يدخل بين العيال والصبيان فهو أخف ، وإن أراد التنحي فهو أشد .

وإن حلف أن لا يساكنه في دار سماها أم لا [2]، فقُسّمت وضرب بين النصيبين[3] بحائط ، وجعل لكل نصيب مدخل على حدة ، فسكن هذا في نصيب ، وهذا في نصيب ، فكرهه مالك ، وقال : لا يعجبني [ذلك][4]، وقال ابن القاسم : لا أرى به بأساً ، ولا حنث عليه[5] .

(١) في ز : أو يجمعهما .

(٢) في ز : سماها أولاً .

(٣) في هـ : بين النصفين .

(٤) سقطت من ك .

(٥) الخلاف هنا بين مالك وابن القاسم ـ كما ترى ـ في الكراهة وعدمها ، أما الحنث فلا خلاف بينهما أنه لا يقع ، وعلى قول ابن القاسم مشى خليل في مختصره حين قال : « وانتقل في لا أساكنه عما كانا عليه أو ضربا جداراً ولو جريداً بهذه الدار » قال عليش في شرحه : وهذا قول ابن القاسم فيها ، وأما مالك فكره الجدار فيها . انظر : مختصر خليل (٨٦) ، منح الجليل (٧٣/٣) .

[في الرجل يحلف ألا يسكن هذه الدار وهو فيها]

[قال مالك :][1] وإن حلف أن لا يسكن هذه الدار وهو فيها ، خرج مكانه ، وإن كان في جوف الليل ، فإن أخّر إلى الصباح حنث إلا أن ينويه ، فليجتهد إذا أصبح في مسكن ولينتقل ، وإن تغالى في الكراء ، أو وجد منزلاً[2] لا يوافقه ، فلينتقل إليه حتى يجد سواه ، فإن لم يفعل حنث ، ويرتحل بأهله وولده وجميع متاعه ، وإن أبقى متاعه حنث .

[فيمن حلف ألا يسكن دار فلان أو لا يأكل من طعامه فباع فلان الدار والطعام]

وإن حلف أن لا يسكن هذه الدار ، أو قال : دار فلان هذه ، فباعها فلان فسكنها الحالف في غير ملكه حنث ، إلا أن ينوي ما دامت في ملكه ، ولو[3] قال : دار فلان ، فباعها فلان ، فسكنها الحالف في غير ملكه لم يحنث ، إلا أن يكون نوى أن لا يسكنها ، وكذلك إن حلف أن لا يأكل[4] من طعام فلان ، فباع فلان طعامه ، ثم أكل منه لم يحنث ، إلا أن يقول : من هذا الطعام ، فلا يأكل منه أبداً ، فإن فعل حنث ، إلا أن ينوي ما دام في ملكه .

[فيمن حلف ألا يسكن دار فلان فسكن داراً بين فلان وغيره وشبه هذا]

وإن حلف أن لا يسكن دار فلان ، فسكن داراً بين فلان ورجل[5] آخر ،

---

(١) سقطت من ك و ز و هـ .

(٢) في ط : مسكناً .

(٣) في ز : أو .

(٤) في هـ : أن لا آكل .

(٥) في هـ : وبين رجل آخر .

أو لا يأكل من طعام اشتراه فلان ، فأكل من طعام اشتراه فلان وآخر[1] معه ، أو لا يلبس ثوباً غزلته فلانة ، فلبس ثوباً غزلته فلانة وأخرى معها ، أو قال لامرأته : أنت طالق إن كسوتك هذين الثوبين ، ونيته أن لا يكسوها إياهما جميعاً فكساها أحدهما ، أو حلف أن لا يسكن بيتاً ، ولا نية له ، فسكن بيت شعر ، وهو بدوي أو حضري[2] ، فهو في ذلك كله حانث .

[فيمن قال : امرأته طالق ماله مال ، وقد ورث مالاً]

فإن قال : امرأته طالق ماله مال[3] ، وقد ورث قبل يمينه مالاً لم يعلم به حنث ، إلا أن ينوي في يمينه أن[4] يعلمه فلا يحنث .

[في اليمين على الدخول على رجل أو إلى موضع أو على ما يملك فلان من طعام وغيره وكيف إن أُكره]

وإن حلف أن لا يدخل [على فلان][5] بيتاً فدخل عليه المسجد لم يحنث ، وليس على هذا حلف ، وإن دخل على[6] جاره فوجده عنده حنث ، وإن دخل المحلوف عليه [على الحالف][7] فخاف عليه مالك الحنث ، وقال ابن القاسم :

---

(١) في ز : ورجل آخر معه .

(٢) في هـ : وهو بادٍ أو حضري . وفي ز : وهو باد أو حاضر .

(٣) في ك : وإن قال لامرأته أنت طالق إن كان له مال .

(٤) في ز : أو .

(٥) سقطت من ط .

(٦) في ك : عند .

(٧) سقطت من ط .

لا يحنث إلا أن ينوي[1] أن لا يجتمعا[2] في بيت فيحنث[3] .

وإن حلف أن لا يدخل هذه الدار فهُدّمت أو خربت ، حتى صارت طريقاً فدخلها لم يحنث ، فإن بنيت بعد ذلك فلا[4] يدخلها ، وإن دخلها مكرهاً لم يحنث ، إلا أن يأمرهم بذلك فيحنث[5] .

وإن حلف أن لا يدخل دار فلان فدخل بيتاً يسكنه فلان كراء ، أو أقام على ظهر بيت منها حنث .

وإن حلف أن لا يدخل من باب هذه الدار ، أو من هذا الباب ، فحُوّل الباب عن حاله[6] ، أو أغلق وفتح غيره ، فإن دخل منه حنث إلا أن يَكْرَه الباب دون الدار ؛ إما لضيقه ، أو لجواز على أحد فلا يحنث .

ومن حلف أن لا يأكل[7] من طعام فلان ، ولا أدخل داره ، ولا ألبس [من][8]

---

(١) في ط : إلا أن يكون نوى .

(٢) في ز و هـ : إلا أن ينوي أن لا يجامعه .

(٣) والتفصيل الذي ذهب إليه ابن القاسم في أنه لا يحنث ما لم ينو أن لا يجتمع به هو المعتمد في المذهب ، وكما ترى لا يخالف قول مالك ؛ لأن مالكاً خاف عليه الحنث من غير تفصيل في تحديد نيته ، وابن القاسم فصل في تحديد النية ، فقول ابن القاسم كأنه بيان وشرح لقول مالك ، وإلى هذه المسألة أشار خليل بقوله : « لا ـ حنث ـ بدخول محلوف عليه إن لم ينو المجامعة » أي الاجتماع به . مختصر خليل (٨٥) ، منح الجليل (٣/٦٤) .

(٤) في ز : لم يدخلها .

(٥) في ك : إلا أن يأمرهم الحالف بإدخاله ، فيقول : احملوني ففعل به ذلك فإنه يحنث .

(٦) في هـ و ز : فحول هذا الباب عن حاله . وفي ط : على حاله .

(٧) في ط و ك : وإن حلف لا أكلت من طعام فلان .

(٨) سقطت من ز .

ثيابه ، ثم ملك أشياء فلان هذه شراء منه ، فأكل ولبس ودخل بعد الشراء فلا شيء [عليه][1] إلا أن يكره تلك الأشياء بأعيانها[2] ، ولو وهبها [له][3] المحلوف عليه ، أو تصدق بها عليه فقبلها ثم أكل ولبس ودخل ، حنث إن كان ماكره[4] من ناحية المنّ .

قال مالك : وإن حلف أن لا يأكل لرجل طعاماً ، فدخل ابن الحالف على المحلوف عليه فأطعمه خبزاً فخرج به الصبي إلى أبيه[5] فأكل منه الأب [6] ولم يعلم حنث ، ومن حلف أن لا يأكل طعاماً[7] فأُكره على أكله لم يحنث ، وإن أكره على أن يحلف ، لم تلزمه يمين .

[في اليمين على خروج الزوجة أو قضاء حق أو أكل أو شراء ، وما يُنوّى فيه من ذلك أو يحنث به]

ومن قال لزوجته : أنت طالق إن خرجت إلا بإذني ، فأذن لها [وهو][8] في سفر ، أو حيث لا تسمعه ، و[أشهد][9] فخرجت بعد إذنه ، وقبل علمها بالإذن ، فهو حانث ، وإن حلف أن لا يأذن لها إلا في عيادة مريض ، فخرجت في

---

(١) سقطت من ط .

(٢) في ز : بعينها .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ز : ما ذكره من ناحية المنّ .

(٥) في ط و هـ : لأبيه .

(٦) في ك : فأكله الأب .

(٧) في ز : من طعام .

(٨) سقطت من ط و ز و هـ .

(٩) سقطت من ز .

العيادة بإذنه ثم مضت بعد ذلك إلى حاجة أخرى ، لم يحنث ؛ لأن ذلك بغير إذنه ، ولو خرجت إلى الحمام بغير إذنه لم يحنث إلا أن يتركها بعد علمه ، وإن هو حين علم بذلك لم يتركها ، فلا[1] يحنث ، وإن لم يعلم حتى رجعت فلا شيء عليه .

ومن خلف ليقضين فلاناً حقه غداً ، فقضاه اليوم برّ ، ولو حلف ليأكلن هذا الطعام غداً فأكله اليوم حنث ، إذ الطعام قد يخص به اليوم ، والغريم إنما القصد فيه القضاء .

ومن حلف بعتق أو طلاق أن لا يشتري ثوباً فاشتراه[2] وشياً أو صنفاً سواه ، وقال : نويت ذلك الصنف ، أو حلف أن لا يدخل هذه الدار ، ثم دخلها بعد شهر ، وقال أردت شهراً فله نيته في الفتيا لا في القضاء إن قامت عليه بينة .

[في اليمين على لباس أو ركوب وما يلزم من ذلك]

وإن حلف أن لا يلبس هذا الثوب ، وهو لابسه ، أو لا يركب هذه الدابة ، وهو عليها ، فإن نزل عنها ، أو نزع الثوب مكانه [برّ][3] وإلا حنث .

وإن حلف أن لا يلبس هذا الثوب ، فقطعه قباءً[4] أو قميصاً أو سراويل أو جبة ، أو قلنسوة فلبسه حنث ، إلا أن يكون كره الأول لضيقه ، أو لسوء عمله ، [فحوله][5] فلا يحنث .

وإن ائتزر به أو لف به رأسه ، أو جعله على منكبيه حنث ، ولو جعله في الليل

---

(١) في ط : لم .

(٢) في ك : فاشترى .

(٣) سقطت من ز و هـ .

(٤) القباء : نوع من الملابس سبق تعريفه في كتاب الحج .

(٥) سقطت من ك .

على فرجه ولم يعلم [به][1] لم يحنث حتى يتزر به .

[في الرجل يحلف أن لا يركب دابة فلان]

ومن حلف أن لا يركب دابة فلان فركب دابة عبده حنث إلا أن تكون له نية ، إذ لو اشترى العبد من يعتق على سيده أعتقناه [عليه][2] ، وقال أشهب : لا يحنث[3] .

[فيمن حلف ماله مال وله مال غير ناض ، أو ماله إلا ثوب واحد وله ثوبان مرهونان]

ومن حلف بالله ماله مال ، وله دين عرض[4] أو غيره ، أو لـه شوار[5] وخادم ولا ناض له ، حنث ، إلا أن تكون له نية [6] .

وإن استُعير منه ثوب[7] فحلف بالطلاق ما يملك إلا ثوباً[8] ، وله ثوبان مرهونان فإن كانا كفاف دينه لم يحنث إن كانت تلك نيته ، وإن لم تكن لـه نية حنث كان فيهما فضل أم لا .

---

(١) سقطت من ط وك و هـ .

(٢) سقطت من ط و ك و ز .

(٣) والمعتمد أنه يحنث كما هو مذهب ابن القاسم ؛ لأن مال العبد لسيده ، ولأن المنة تلحقه بركوب دابة عبده كما تلحقه بركوب دابة المحلوف عليه ، والحنث يقع بأقل الأشياء . انظر : منح الجليل (٥٨/٣) .

(٤) في ز : أو عرض .

(٥) شوار الرجل : لباسه . انظر : اللسان ٢٣٤/٧ .

(٦) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : وإن لم تلزمه نية حنث كان فيهما فضل أم لا .

(٧) في ز و ك و ط : استعير ثوباً .

(٨) في ز : ما يملك ثوباً .

[فيمن حلف ألا يكلم فلاناً عشرة أيام فكلمه فيها مراراً]

ومن حلف[1] أن لا يكلم فلاناً عشرة أيام فكلمه فيها حنث[2]، ثم [إن][3] كلمه فيها مراراً قبل أن يكفر لم تلزمه إلا كفارة واحدة .

[في الحلف على الإخبار بأمر أو كتمانه]

ومن حلف لرجل إن علم كذا [وكذا][4] ليعلمنه أو ليخبرنه ، فعلماه جميعاً ، لم يبر حتى يعلمه أو يخبره ، وإن كتب به إليه[5]، أو أرسل إليه رسولاً برّ ، ولو أسر إليه رجل سراً فأحلفه ليكتمنه ، ثم أسره المسر لآخر فذكره الآخر للحالف فقال له الحالف : ما ظننت أنه أسره لغيري حنث .

[في اليمين على كفالة]

ومن حلف أن لا يتكفل بمال أبداً ، فتكفل بنفس رجل حنث ؛ لأن الكفالة بالنفس كفالة بالمال ، إلا أن يشترط[6] وجهه بلا مال فلا يحنث .

ومن حلف أن لا يتكفل لفلان بكفالة ، فتكفل لوكيل له ولم يعلم به ، فإن لم يكن [الوكيل][7] من سبب فلان وناحيته لم يحنث الحالف .

---

(١) في ز : ومن حلف بالطلاق .

(٢) في ط و ز : فحنث ثم كلمه .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) سقطت من ز و هـ .

(٥) في هـ : فإن كتب إليه كتاباً . وفي ز : وإن كتب إليه .

(٦) في ز و هـ : إلا أن يكون شرط وجهه بلا مال .

(٧) سقطت من ط .

[في اليمين على ضرب عبد أو بيع أو شراء]

ومن حلف[١] ليضربن عبده مائة سوط فجمعها فضربه بها ضربة واحدة ، أو أخذ سوطاً له رأسان ، [أو جمع سوطين][٢] فجلده بهما خمسين جلدة ، لم يبر ، ولو ضربه بسوط مائة جلدة ضرباً خفيفاً ، لم يبر إلا بضرب مؤلم .

ومن حلف أن لا يشتري عبداً فأمر غيره فاشتراه له حنث .

وإن حلف أن لا يضرب عبده فأمر غيره فضربه حنث[٣]، إلا أن ينوي بنفسه ، [وإن حلف ليضربنه فأمر غيره بضربه بر إلا أن ينوي بنفسه][٤]، وإن حلف أن لا يبيع سلعة ، فأمر غيره [فباعها له][٥] حنث ، ولا يُديّن .

وإن حلف أن لا يبيع لفلان شيئاً ، فدفع فلان ثوباً [لرجل][٦] فأعطاه الرجل للحالف فباعه ولم يعلم به ، فإن لم يكن الرجل من سبب فلان وناحيته مثل الصديق الملاطف أو من في عياله وناحيته[٧] لم يحنث ، وإلا حنث ، وكذلك إن حلف أن لا يبيع منه فباع ممن اشترى له ولم يعلم ، فإن لم يكن المشتري من ناحية فلان ولا من سببه[٨] لم يحنث وإلا حنث ، وإن قال [له][٩] عند البيع : إني

---

(١) في ز : وحلف . وسقطت [من] .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ز : لم يحنث .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٥) سقطت من ز ، وفي هـ : فباعها حنث .

(٦) سقطت من ز .

(٧) في ط و ك : أو من عياله ونحوه .

(٨) في ط : فإن كان المشتري من ناحية فلان ومن سببه لم يحنث .

(٩) سقطت من ك .

حلفت أن لا أبيع فلاناً ، فقال [له][1]: إنما أبتاع لنفسي ، ثم صح بعد البيع أنه إنما ابتاع لفلان [المحلوف عليه][2]، لزم الحالف البيع ، ولم ينفعه ذلك ، ويحنث[3] إن كان المشتري من ناحية فلان .

[فيما يحنث به الحالف على القضاء والاقتضاء]

ومن حلف ليقضين فلاناً حقه إلى أجل فقضاه إياه ، ثم وجد فيها[4] صاحب الحق درهماً نحاساً أو رصاصاً أو ناقصاً نقصاناً بيناً أو بارا[5] لا يجوز ، أو استحقت من يده فقام عليه بعد الأجل[6] فهو حانث .

وكذلك لو حلف أن لا يفارقه إلا بحقه فأحاله على غريم له ، أو أخذ منه حقه ثم وجد فيه ما ذكرنا بعد أن فارقه فهو حانث .

ولو أعطاه قضاء من حقه عرضاً يساوي ما عليه لو بيع [بالنقد][7] لبرّ ، ثم استثقله مالك ، وبأول قوله أقول[8].

---

(١) سقطت من ك .

(٢) سقطت من ط و ك و ز .

(٣) في ك و ز : وحنث .

(٤) في ك و ط : فيه .

(٥) في ك : أو نادراً .

(٦) في ز : بعد الحول .

(٧) سقطت من ط و ك و ز .

(٨) هذه المسألة ستتكرر بعد قليل بتفصيل أكثر ، وهنا عبر بقوله : « ثم استثقله مالك ، وبأول قوله أقول » وهناك عبّر بقوله : « ثم كرهه مالك وقوله الأول أعجب إليّ » ، والخلاف - كما ترى - في الكراهة وعدمها لا في الحنث ، فإنهما متفقان على أنه لا يحنث إذا كان إنما قصد مطلق القضاء ، وكان العرض يساوي النقد المذكور من دنانير أو دراهم ، أما إذا كان قصد =

وإن حلف أن لا يفارق غريمه إلا بحقه ، ففر منه أو فلت حنث ، إلا أن يكون قوله لا أفارقك ، كالقائل لا أتركه إلا أن يفر أو أغلب عليه ، فلا شيء عليه .

[في الرجل يحلف أن لا يقبّل امرأته ولا يضاجعها]

ومن قال لامرأته : أنت طالق إن قبلتك أو ضاجعتك ، فقبلته من ورائه أو ضاجعته وهو نائم ، لم يحنث ، إلا أن يكون منه في القبلة استرخاء ، وإن كانت يمينه إن قبلتني أو ضاجعتني حنث بكل حال .

[في الرجل يحلف للرجل لأقضينك حقك]

ومن حلف ليقضين فلاناً حقه رأس الشهر ، أو عند رأسه ، أو إذا استهل ، فله يوم وليلة من أول الشهر ، وإن قال : إلى رمضان أو إلى استهلاله ، فإذا انسلخ شعبان ، واستهل[1] الشهر ولم يقضه حنث .

وإن حلف لك غريمك ليقضينك حقك أو [قال][2] دنانيرك رأس الشهر ،

= أن يقضيه عين النقد من دراهم أو دنانير ، فإنه لا يبر بالعرض بل يحنث كما صرح بذلك في المسألة الأخرى . قال اللخمي : وجه الكراهة على مراعاة الألفاظ ، والإجزاء على مراعاة المقاصد ؛ لأن المراد هو القضاء وقد حصل . قلت : وإلى عدم الحنث على التفصيل المذكور أشار خليل بقوله : « ولا إن باعه به عرضاً » قال الدردير : أي ولا يحنث إن باعه بالحق الذي حلف ليقضينه إياه عرضاً وكان دنانير أو دراهم ، ولم يقصد أعيانها بل قصد وفاء ، وكانت قيمته قدر الحق لا أقل . التقييد (٣٨/٢) ، مختصر خليل (٨٦) ، الشرح الكبير (١٥٣/٢) .

(١) في ك : أو استهل .

(٢) سقطت من ز .

فوهبت له حقك ، أو وضعته عنه صدقة أو صلة لم يبر ، ولو باعك[1] به سلعة تساوي الدين لبر إن كانت [يمينه][2] على وجه القضاء ، ولم تكن على أعيان الدنانير ، ثم كرهه مالك[3] ، وقوله الأول أعجب إليّ[4] .

ولو كانت يمينه على أعيان الدنانير لم يبر إلا بدفعها ، فإن مات رب الحق قبل الأجل ، فقضى الغريم ورثته أو وصيه أو السلطان قبل الأجل برّ .

[في اليمين على الهبة أو الكسوة لرجل أو لزوجته وما يحنث به من ذلك]

ومن حلف أن لا يهب فلاناً[5] هبة ، فتصدق عليه حنث ، وكل هبة لغير الثواب[6] كالصدقة[7] .

وكذلك كل ما نفعه به من عارية أو غيرها ، إلا أن تكون له نية في العارية ؛ لأن [أصل][8] يمينه على المنفعة .

وإن حلف أن لا يكسو فلاناً فوهبه دنانير ، أو حلف أن لا يكسو امرأته فأعطاها ما اشترت به ثوباً حنث .

قال مالك : وإن افتكّ [لها][9] ثيابها الرُّهُن حنث ، ثم عرضتها عليه فقال :

---

(١) هذه هي المسألة التي تقدم التعليق عليها ، تكررت بلفظ مختلف ، والمعنى واحد .

(٢) سقطت من ز .

(٣) هناك عبر بقوله : ثم استثقله .

(٤) هناك عبر بقوله : وبأول قوله أقول .

(٥) في ز : لفلان .

(٦) في ك و ط : لغير ثواب ..

(٧) في ك : فهي كالصدقة .

(٨) سقطت من ز .

(٩) سقطت من ط و ك ، وفي ز : من الرهن .

امحها ، وأبى أن يجيب[1] فيها ، وقال ابن القاسم : يُنوّى ، فإن كانت نيته أن لا يهب لها ثوباً ولا يبتاعه لها لم يحنث ، وإن لم تكن له نية حنث .

وأصل هذا عند مالك ، إنما هو على وجه المنافع والمن[2] .

وإن حلف أن لا يهب لأجنبي أو لامرأته دنانير فكساها[3] ، أو أعطى الرجل فرساً أو عرضاً حنث ، فإن نوى الدنانير دون غيرها ، لم يُنوّ في الرجل ونُوّي في الزوجة إذ قد يكره هبتها العين[4] لسوء نظرها فيه .

وإن وهبه رجل شاة ثم منّ بها عليه فحلف أن لا يشرب من لبنها ، ولا يأكل من لحمها ، فإن أكل مما اشترى بثمنها ، أو اكتسى منه حنث ، ويجوز أن يعطيه [رب الشاة][5] من غير ثمنها ما شاء ، إلا أن يكون [الحالف][6] نوى أن لا ينتفع منه بشيء أبداً .

---

(١) في ط : يحنث .

(٢) أي أنه إن كان نوى أن لا ينفعها بشيء من شأنه أن يمن عليها فإنه يحنث بمطلق ما يحصل به نفع ويمكن أن يمن . ويدخل في ذلك فك ثيابها الرهن وإن كان قصر نيته على شيء معين وهو أن لا يكسوها ثوباً فإنه لا يحنث إلا إذا كساها ثوباً من عنده بأن اشتراه لها أو وهبه لها من عنده . وهنا يظهر وجه الاتفاق بين أصل مالك في هذا الباب وبين قول ابن القاسم ، وأن قول ابن القاسم إنما هو على أصل قول مالك في هذا الباب ، ولذلك قال الزرويلي : وقول مالك الأول هو قول ابن القاسم ، فلا خلاف في هذه المسألة . انظر : التقييد (٣/٣٨) .

(٣) في ط و ك : فكساهما .

(٤) في ز : للعين .

(٥) سقطت من ط و ز و هـ .

(٦) سقطت من ط و ز و هـ .

[في تعليق اليمين بمن مات أو عزل أو غاب في قضاء حق أو غيره]

وإن حلف بطلاق أو غيره أن لا يدخل دار زيد ، أو أن[١] لا يقضيه حقه إلا بإذن محمد ، فمات محمد ، لم يجزه إذن ورثته إذ ليس بحق يورث ، وإن دخل أو قضى حنث .

وإن حلف رجل للأمير تطوعاً لئن رأى أمر كذا ليرفعنه إليه[٢] ، أو حلّف الأمير قوماً أن لا يخرجوا إلا بإذنه ، فمات الأمير أو عزل فليرفع ذلك [إلى][٣] من ولي بعده ، ولا يخرج القوم إلا بإذنه ، إذا كان ذلك من الأول نظراً أو عدلاً ، ومن حلف ليقضين فلاناً حقه رأس الشهر ، فغاب فلان فليقضِ وكيله أو السلطان ، ويخرجه ذلك من يمينه ، فإن احتجب عنه[٤] السلطان فلم يجده ، أو كان بقرية ليس فيها سلطان وخاف إن خرج إلى السلطان حل الأجل قبل بلوغه ، فإن جاء بالحق على شرطه إلى عدول فأشهدهم على ذلك بعد اجتهاده في طلبه بعلمهم[٥] فلم يجده لم يحنث ، وإن قضى وكيلاً له في ضيعته ولم يوكله رب الحق في تقاضي[٦] دينه أجزأه .

وإن حلف لرجل لأقضينك حقك [إلى أجل][٧] إلا أن تشاء أن تؤخرني

---

(١) في ز : دار فلان ، أو لا يقضيه حقه .

(٢) في ز : إليها .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ط : عليه .

(٥) في ز و هـ : لعلمهم .

(٦) في ك : في اقتضاء .

(٧) سقطت من ك .

فمات الطالب فإنه يجزيه تأخير ورثته إن كانوا كباراً ، أو وصيه إن كان ولده أصاغر ولا دين عليه ، فإن كان عليه دين لم يكن لوصي أو وارث[1] تأخير مع الغرماء ، ويجزيه تأخير الغرماء إن أحاط الدين بماله على أن يبرئ ذمة الميت .

[في الرجل يحلف ليأكلن هذا الطعام أو ليلبسن هذه الثياب أو ليركبن هذه الدابة ونحو ذلك]

ومن حلف ليأكلن هذا الطعام ، أو ليلبسن هذه الثياب ، أو يركب هذه الدابة[2] أو يضرب عبده غداً ، فماتت الدابة[3] والعبد ، وسرقت الثياب والطعام قبل غدٍ فلا حنث عليه في الموت ؛ لأنه كان على بر بالتأجيل ، ويحنث في السرقة ، إلا أن يكون نوى إلا [أن][4] يسرق أو لا يجده[5] .

[فيمن حلف ليقضين فلاناً حقه إلى أجل فمات فلان]

وإن حلف ليقضين فلاناً ماله إلى أجل ، وقد مات فلان والحالف لا يعرف فليقضِ ورثته ولا يحنث ؛ لأن يمينه إنما وقعت[6] على الوفاء ، فورثة الغريم مقامه ، وإنما يحنث إن مضى الأجل ولم يقضهم .

[فيمن حلف ليذبحن حمامات ليتيمه]

وإن حلف ليذبحن حمامات ليتيمه فقام مكانه فألفاها ميتة ، فلا شيء عليه .

---

(١) في ك : ولا وارث .

(٢) في ط و ك : ومن حلف ليركبن هذه الدابة ، وليأكلن هذا اللحم أو يلبس هذه الثياب .

(٣) في ك : الدواب .

(٤) سقطت من ك و ز .

(٥) في ك : أجده .

(٦) في ط : إنما وقع .

[فيمن حلف بعتق عبد ليضربن فلاناً]

وإن حلف بعتق عبده ليضربن فلاناً ولم يضرب أجلاً منع من بيعه حتى يبر أو يحنث ، فإن مات المحلوف عليه والحالف صحيح قبل ضربه[1] ، عتق العبد من رأس ماله ، ولو مات والحالف مريض ثم مات الحالف من مرضه ذلك ، عتق العبد من ثلثه ، وهذا كله إذا عاش المحلوف عليه مدة ، لو أراد الحالف أن يضربه فيها لضربه ، ولو ضرب أجلاً فمات الحالف أو المحلوف عليه قبل الأجل لم يحنث ؛ لأنه على برّ .

[فيمن حلف ليقضين فلاناً حقه إلى رمضان]

وإن حلف ليقضين فلاناً حقه إلى رمضان ، فمات الحالف في شعبان لم يحنث ؛ لأنه مات على بر ، وديونه التي عليه تحل بموته ، فإن لم يقض ورثته ذلك الحق إلا بعد الأجل لم يلحق الميت حنث ، وليس على الورثة يمين ولا حنث في يمين صاحبهم .

[فيمن قال لامرأته : عبدي حر إن لم أضربك إلى سنة]

ومن قال لامرأته عبدي حر إن لم أضربك إلى سنة ، فماتت قبل السنة لم يحنث في عبده ؛ لأنها ماتت وهو على برّ ، وله بيعه ، وإن مضى الأجل[2] وهو عنده لم يعتق .

* * *

(١) في ك : قبل أن يضربه .

(٢) في ك : وإن مضى الأجل بعد موتها .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد ، وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب النكاح الأول[1] ﴾

[في نكاح الشغار][2]

[قال مالك][3]: ومن قال لرجل : زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي ، أو زوجني أمتك على أن أزوجك أمتي ولا مهر بيننا[4]، فذلك شغار يفسخ أبداً ،

---

(١) النكاح في اللغة : الضم والجمع ، يقال : نَكَحْتُ البر في الأرض ، إذا حرثته فيها ، ونكحت الحصاة أخفاف الإبل إذا دخلت فيها ، ويطلق في اللغة على العقد مجازاً للعلاقة السببية والمسببية وعلى الوطء حقيقة ، وفي الشرع على العكس .

وقد عرّفه ابن عرفة في الشرع بقوله : النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية ، غير موجب قيمتها ببينة قَبْلَهُ غير عالمٍ عاقدُها حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر . انظر : مختار الصحاح (ص٦٢٤)، شرح حدود ابن عرفة (ص٢١١)، الفواكه الداوني (٢/٢).

(٢) نكاح الشغار : هو ـ كما في الكتاب ـ وسمي شغاراً لخلوه من المهر ، أو لجعل صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى ، وهو ثلاثة أقسام :

ـ صريح الشغار : وهو ما أشار إليه في الكتاب بقوله : زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي أو . . . ولا مهر بيننا .

ـ وجه الشغار : وهو ما أشار إليه بقوله : زوجني ابنتك بمائة على أن أزوجك ابنتي بمائة .

ـ مركب الشغار : وهو أن يقول له : زوجني ابنتك بألف على أن أزوجك ابنتي بلا مهر . وسيذكره المؤلف مع حكمه . انظر : الذخيرة (٤/٣٨٤ ـ ٣٨٥) . منح الجليل للشيخ عليش (٣/٣٠٥) .

(٣) سقطت من ك و ز و ط .

(٤) في ك و ز : ولا مهر بينهما .

وإن ولدت الأولاد ورضياه[١]، وللمدخول بها صداق المثل ولا شيء لغير المدخول بها . والشغار بين العبيد مثل [الشغار][٢] بين الأحرار .

وإن قال له : زوجني ابنتك بمائة على أن أزوجك ابنتي بمائة ، أو قال : بخمسين ، فلا خير فيه ، وهو [من][٣] وجه الشغار ، ويفسخ قبل البناء[٤] ويثبت بعده ، ويكون لكل واحدة [منهما][٥] الأكثر من التسمية أو صداق المثل وليس هذا بصريح الشغار لدخول الصداق [فيه][٦] إلا أن[٧] بعض الصداق لا يجوز ، فصار كمن نكح بمائة دينار وبخمر[٨] أو بمائة [دينار][٩] نقداً ومائة إلى[١٠] موت أو فراق ، فإنه يفسخ قبل البناء ، ويثبت بعده ، ويكون لها صداق المثل إلا أن يكون أقل من المائة النقد ، فلا ينقص من المائة شيء .

وإن زوجه ابنته بخمسين على أن يزوجه[١١] الآخر ابنته بغير شيء[١٢]، فإن دخلا

---

(١) هذا قول ابن القاسم أن صريح الشغار يفسخ أبداً وهو المشهور في المذهب . وقد روي عن مالك أن الشغار كله يمضي بمجرد العقد . انظر : الذخيرة (٣٨٤/٤)، التقييد (١١٩/٢)، منح الجليل (٣٠٥/٣).

(٢) سقطت من هـ .

(٣) سقطت من ط .

(٤) في ز : قبل الدخول .

(٥) سقطت من ك و ز . وفي ط : يكون لكل واحدة الأكثر في المسمى .

(٦) سقطت من ط و هـ و ز .

(٧) في ط : لأن بعض الصداق .

(٨) في ز : بمائة دينار وبثمر لم يبد صلاحه .

(٩) سقطت من ز وك و ط .

(١٠) في ز : إلى أجل موت .

(١١) في هـ و ز و ك : على أن زوجه .

(١٢) هذا هو المسمى مركب الشغار .

ثبت نكاح المسمى لها وفسخ الآخر[1] وكان لكل واحدة منهما صداق المثل .

[فيمن له ولاية الإجبار]

[قال مالك :][2] وإذا ردّت الثيب الرجال رجلاً بعد رجل لم تجبر على النكاح ، ولا يجبر أحد أحداً على النكاح إلا الأب في ابنته البكر وفي ابنه الصغير وفي أمته وفي عبده ، والولي في يتيمه. ولا يزوج البكر وليها وإن كانت سفيهة إلا برضاها.

[في الأب يزوج ابنته ببخس في الصداق أو بعد زنا أو فراق]

[قال ابن القاسم :][3] ومن زوج ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها جاز إن كان على وجه النظر [لها][4]، وقد أتت امرأة مطلقة إلى مالك فقالت له : إن لي ابنة في حجري موسرة مرغوباً[5] فيها ، فأراد أبوها أن يزوجها ابن أخ له فقيراً ، فقال [لها : نعم][6] إني لأرى[7] لك في ذلك متكلماً .

---

(١) في ك : وفسخ نكاح الأخرى .

(٢) سقطت من هـ و ط .

(٣) سقطت من هـ و ط و ز .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في هـ : مرغوب .

(٦) سقطت من ز و ك . وفي ط : فقال : نعم .

(٧) قوله : إني لأرى ، ورد في المدونة بلفظ أني أرى لك في ذلك متكلماً . وفي بعض نسخ التهذيب : إني لا أرى لك . قال الزرويلي : ومن رواه : « لا أرى » على النفي لم يستقم له مع قوله : نعم ، واختل الكلام ، وناقض بعض كلامه بعضاً . قلت : ونص المدونة رافع للإشكال في هذه المسألة . انظر : التقييد (١٢٤/٢)، المدونة (١٥٥/٢) .

قال ابن القاسم : وأنا أراه[1] ماضياً إلا أن يأتي من ذلك ضرر فيمنع[2] .

ومن زوج ابنته البكر فطلقها الزوج قبل البناء أو مات عنـها فلأبيـها أن يزوجـها كما يزوج البكر ، [وإن زوجها تزويجاً حراماً][3] فبنى بها الزوج ثم طلقها أو مات عنها فهي أحق بنفسها وتسكن حيـث شـاءت ، إلا أن يخـاف منـها هـوى أو ضيعـة أو سوء موضع ، فيمنعها الأب أو الولي من ذلك ويضمانها إليهما[4] .

وإذا زنت البكر فحدت أو لم تحـد فلأبيـها أن يزوجـها كمـا يـزوج البكـر ، وإن زوجها تزويجاً حراماً فبنى بها الزوج ثم طلقها أو مات عنها بالقرب لم يكن لأبيـها أن يزوجها كما يزوج البكر ؛ لأنه نكاح يلحق فيه الولد ، ويدرأ به[5] الحد ، وتعتد[6] فيه في بيت زوجها الذي[7] كانت تسكن [فيه][8] كما تعتد في النكاح الحلال .

---

(١) اختلف في قول ابن القاسم هنا ، هل هو موافق لقول مالك أو مخالف له ؟ . فقال سحنون : هـو مخالف له وبقوله أقول . والمراد بالضرر في قول ابن القاسم الضرر في البـدن ، وقـال غـيره : هـو ليس خلاف . ووجه الوفاق أنه إذا خُشي عليها أن يأكل مالها كان لها في ذلك متكلماً كما قـال مالك ، وهو الضرر الذي ذهب إليه ابن القاسم . وقيل : وجه الوفاق أن قول ابن القاسم على ما بعد الوقوع ، وقول مالك على الابتداء ، وإلى هذه المسألة أشار خليل بقوله : « وللأم التكلـم في تزويج الأب الموسرة المرغوب فيها من فقير ، ورويت بالنفي ، ابن القاسم ، إلا لضرر بـين ، وهل وفاق ؟ تأويلان » . التقييد (١٢٤/٢) ، مختصر خليل (١٠٣) ، منح الجليل (٣٢٥/٣) .

(٢) في ك : فيمتنع .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك و هـ .

(٤) في ز : ويضمها إليه .

(٥) في ك : ويدرأ فيه الحد .

(٦) المراد بالعدة هنا : الاستبراء .

(٧) في ك و ز : التي .

(٨) سقطت من ك .

ومن زوج ابنته [البكر][1] فدخل بها الزوج ثم فارقها قبل أن يمسها لم يكن لأبيها أن يزوجها كما تزوج البكر إن طالت إقامتها مع زوجها[2] و شهدت مشاهد النساء[3] ، وأرى السنة طول إقامة ، وإن كان أمراً قريباً فله أن يزوجها [كما تزوج البكر][4] ، وكذلك إن طلقها الزوج[5] فأنكرت المسيس وادعاه الزوج ، نظرت إلى طول المدة وقربها .

[قال مالك رحمه الله :][6] وإذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء وليس لأبيه منعه . قال ابن القاسم : إلا أن يخاف منه[7] سفهاً فله منعه[8] .

[في استئمار البكر ومن زوجت بغير أمرها]

[قال مالك رحمه الله :][9] وإذا قال للبكر وليها : إني مزوجك من فلان فسكتت فذلك منها رضى ، قال غيره[10]: إذا كانت تعلم أن السكوت رضى ،

---

(١) سقطت من ز و هـ .

(٢) في هـ : الزوج .

(٣) مشاهد النساء : كالحيض ونحوه . انظر : التقييد (١٢٢/٢) .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في ك و ط : وكذلك إن طُلّقت وأنكرت المسيس .

(٦) سقطت من ز

(٧) في ك : يخاف من ناحيته .

(٨) قول ابن القاسم هنا تفسير وبيان لقول مالك وليس بخلاف ـ كما صوّب الزرويلي ـ . انظر : التقييد (١٢٥/٢).

(٩) سقطت من هـ و ز و ط .

(١٠) قيل : إن قول الغير هنا تفسير لقول ابن القاسم ، وقيل : خلاف ، والمذهب قول ابن القاسم ، وهو الذي يدل عليه ظاهر الحديث : « وإذنها صماتها » . انظر : التقييد (١٢٦/٢) .

وليس صمات الثيب رضى في أب ولا غيره [إلا أن تتكلم وتستخلف الولي على نكاحها][1].

[قال مالك :][2] وليس المشورة بلازمة للأب في الأبكار .

[في التزويج بغير الإذن وفي حال الغيبة][3]

ومن زوج أخته الثيب أو البكر بغير أمرها[4] فبلغها ذلك فرضيت ، فبلغني أن مالكاً قال مرة : إن كانت بغير البلد أو فيه فتأخر إعلامها لم يجز ، وإن قرب جاز ، فسألنا مالكاً ونزلت بالمدينة في رجل زوج أخته فقالت حين بلغها ذلك : ما وكلت ولا أرضى ، ثم كلمت فرضيت ، فقال : لا يجوز[5] هذا النكاح ولا يقام عليه حتى يأتنفا نكاحاً [جديداً][6] إن أحبا .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ط و ك .

(٢) سقطت من ز و ط و ك .

(٣) هذا ما يسمى بالزواج الموقوف ، وقد اختلف في موقف مالك منه ، والمشهور في المذهب أنها إذا كانت قريبة وعلمت بالقرب ورضيت جاز النكاح ، وإذا لم ترض لم يجز مطلقاً قربت أم بعدت ، طال الزمن أم قصر . وما عدا هذا من الصور محل خلاف وسيأتي قوله في مسألة اليتيمة أن الذي عليه مالك وأصحابه : أنها إذا كانت بغير البلد أو تأخر إعلامها أنه لم يجز ، رضيت أم لم ترض . انظر التفصيل في : البيان والتحصيل (٢٦٧/٤) ، التقييد (١٢٦/٢) .

(٤) في هـ : أذنها .

(٥) قول مالك في هذه المسألة والتي بعدها بعدم الجواز مع قوله في المسألة التي قبلها بالجواز ؛ لأن عدم الجواز في هذه المسألة محمول على أنها لم تعلم به بقرب ، وإنما علمت به بعد مدة طويلة ، وعدم الجواز في المسألة التي بعد هذه المسألة محمول على أنها كانت غائبة عنه غيبة بعيدة في بلد آخر . انظر المراجع السابقة للتفصيل في هذه المسألة .

(٦) سقطت من ط وهـ . وفي ز : حتى يأتيها نكاحاً .

[قال مالك :][1] ومن زوج ابنه الكبير المنقطع عنه أو ابنته الثيب وهما غائبان فرضيا[2] بفعل أبيهما لم يجز[3] النكاح ؛ لأنهما لو ماتا لم يتوارثا .

[في زواج اليتيمة]

ولا تزوج اليتيمة التي يولى[4] عليها حتى تبلغ وتأذن في ذلك[5] ؛ لأن النبي ﷺ أمر باستئذان اليتيمة[6] ولا إذن إلا للبالغة ، فإن زوجها وليها بغير إذنها ثم أعلمها بالقرب فرضيت جاز ، ولا يعد صماتها هاهنا رضى ، وإن كانت بغير البلد

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ز : فرضيا بذلك بفعل أبيهما .

(٣) في ط : لم يجز هذا النكاح .

(٤) في ط : التي مولى عليها .

(٥) هذا إذا لم يخف عليها الفساد ، أما إذا خيف عليها الفساد في دينها أو دنياها فإنها تزوج قبل البلوغ وبغير رضاها ، يقول العدوي : المعتمد في هذه المسألة ما ارتضاه المتأخرون من أن المدار على خيفة الفساد ، فمتى خيف عليها الفساد في مآلها ، أو حالها زوجت بلغت عشراً أم لا ، رضيت بالنكاح أم لا . ويقول ابن شاس : قال الشيخ أبو طاهر : وأما لو كانت ممن يخاف عليها الفساد ، فلم يختلف أحد من المتأخرين أنها تزوج ، وإن كان إطلاق الروايات يقتضي منع التزويج . انظر : الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣٥٧/٢) ، حاشية العدوي على كفاية الطالب (٨٦/٣) ، عقد الجواهر الثمينة (١٩/٢) .

(٦) وذلك في قوله ﷺ : « اليتيمة تستأمر في نفسها فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها » . رواه أبو داود (٦٢٣١/٢) كتاب النكاح (٢٠٩٣) ، والترمذي (٩٤٠٨/٣) كتاب النكاح ، إكراه اليتيمة ، وابن حبان في موارد الظمآن (١٧٣٠٤) كتاب النكاح باب الاستئمار ، وعبد الرزاق في المصنف (١٣٨/٦) (١٠٢٩٧) ، وابن أبي شيبة (١٣٨/٤) كتاب النكاح ، باب اليتيمة . وقد حسنه الترمذي وصححه ابن حبان .

أو فيه فتأخر إعلامها لم يجز وإن رضيت ،[قال سحنون:][1] وهذا قول مالك الذي عليه أصحابه[2][3].

[في عفو الأب عن نصف الصداق وقبض الولي الصداق]

ويجوز عفو الأب عن نصف الصداق في طلاق البكر قبل البناء ، ولا يجوز ذلك لغيره من وصي أو غيره ، وقد قال الله تعالى : ﴿ إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ﴾[4] وهو الأب[5] في ابنته البكر ، والسيد في أمته ، وقول الله تعالى : ﴿ إلا أن يعفون ﴾ هي المرأة الثيب .

قال مالك : ولا يجوز ذلك للأب قبل الطلاق .

---

(١) سقطت من ط و ز و ك .

(٢) في ز : أكثر أصحابه .

(٣) هذه المسألة تابعة في الحكم للمسائل الثلاث التي قبلها ، وكلها صور من صور الزواج الموقوف .

(٤) سورة البقرة ، الآية (٢٣٧) .

(٥) خلافاً للحنفية والشافعية القائلين إن الذي بيده عقدة النكاح في الآية هو الزوج ، وحجة مالك عدة أدلة تضمنتها الآية ، منها :

١ـ أن ابتداء الأية خطاب للأزواج ، وقوله : ﴿ أو يعفو ﴾ موجه للغائب ، فلزم أن يكون الأب .

٢ ـ قوله : ﴿ أو يعفو الذي بيده ﴾ يفيد الذي بيده في الحال ، والزوج بعد الطلاق ليس بيده عقدة النكاح ، بل أجنبي عنه بخلاف الأب فإن له الولاية .

٣ ـ إن في حملها على الأب سلامة من التكرار ؛ لأن الأزواج أمروا بالعفو بقوله : ﴿ وأن تعفوا أقرب للتقوى ﴾ . للتفصيل في هذه المسألة انظر : تفسير القرطبي (٢٠٦/٣) ، الإشراف (٧١٨/٢ ـ ٧١٩) ، بداية المجتهد (٩٧٦/٣) .

قال ابن القاسم[1] : إلا بوجه النظر من عسر الزوج فيخفف عنه وينظره فذلك جائز . فأما لغير طلاق ولا على وجه نظر لها فلا يجوز .

وإذا زوج البكر اليتيمة وليها بأمرها فقبض صداقها ، لم يجز قبضه عليها إلا أن يكون وصياً [فيجوز قبضه عليها ؛ لأنه الناظر لها وما لها في يديه][2] ، وإذا قبضه الأب لابنته الثيب بغير إذنها ثم ادعى تلفه ضمنه[3] [لأنه متعد][4] كقبضه من غريمها ديناً لها بغير أمرها ، فلا يبرأ الغريم والأب ضامن ولها أن تتبع الغريم .

[في اجتماع الأولياء واختلافهم وأيهم المقدم]

[قال مالك رحمه الله :][5] وإذا اختلف الأولياء [في إنكاح المرأة][6] وهم في القُعْدُد[7] سواء ، نظر السلطان في ذلك ، فإن كان بعضهم أقعد من بعض فالأقعد أولى بإنكاحها ، وهذا إذا فوضت إليهم وقالت : زوجوني ، والأخ وابن الأخ أولى

---

(١) اختُلف هل قول ابن القاسم هنا خلاف لقول مالك ؟ لأن مالكاً يقول بعدم الجواز مطلقاً ولو على وجه النظر ، أم تفسير وبيان لقوله ؟ فقال بعضهم بالأول ، وقال البعض بالثاني ، ويؤيد كونه خلافاً أنه قد روي عن مالك مثل قول ابن القاسم ، وهو المعتمد . انظر : التقييد (٢/١٣٩).

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ك و ط .

(٣) في هـ و ز : ضمنه الأب .

(٤) سقطت من ط و هـ .

(٥) سقطت من ط و ز و هـ .

(٦) سقطت من هـ و ط .

(٧) في ز : وهم في العقد .

والقُعْدُد : القربى . انظر : لسان العرب (١١/٢٤٠) .

بإنكاحها من الجد ، والابن وابن الابن أولى بإنكاحها وبالصلاة[1] عليها من الأب ، فإن زوجها الأبعد برضاها وهي ثيب ووالدها حاضر فأنكر والدها وسائر الأولياء لم يرد النكاح ، وكذلك إن كانت بكراً بالغاً لا أب لها ولا وصي فزوجها الأبعد برضاها وأنكره الأقعد فالنكاح جائز .

قال علي عن مالك : في الأخ يزوج أخته لأبيه وثَمَّ أخوها[2] لأبيها وأمها ، أن النكاح جائز إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الشقيق فلا تنكح حينئذ إلا برضاه ، وإنما الذي لا ينبغي لبعض الأولياء أن ينكح وثم من هو أولى منه إذا لم يكونوا إخوة وكان أخاً وعماً ، أو عماً وابن عم ونحو هذا وهم حضور .

قال عنه ابن القاسم : وذو الرأي من أهلها إذا كان له الفضل والصلاح يجوز إنكاحه إياها إذا أصاب وجه النكاح ، وإن كانت من العرب ولها من الأولياء من ذكرنا .

وكذلك مولى النعمة[3] يجوز أن يزوج مولاته من نفسه ، ويلي عقد نكاح نفسه أو يزوجها من غيره برضاها فيجوز ذلك على الأقعد من أخ وغيره وهو من ذوي الرأي من أهلها ، إذا كان له [الفضل][4] والصلاح ، وهذا [كله][5] إذا كانت المرأة ثيباً أو بكراً بالغاً لا أب لها ولا وصي .

(١) في ط و ز : والصلاة .

(٢) في ط : وثم أخ لأبيها وأمها .

(٣) المراد به الذي أنعم عليها وهو المعتق .

(٤) سقطت من ز و ك و ط .

(٥) سقطت من ك .

قال مالك : وقول عمر ـ رضي الله عنه ـ لا تنكح المرأة إلا بـإذن وليـها أو ذوي الرأي من أهلها أو السلطان[1] ، فذو الرأي من أهلها الرجل من العشيرة أو ابـن العـم أو المولى ، وقال عنه ابن نافع هو الرجل من العصبة ، وقـال أكـثر الـرواة : لا يـزوج ولي وثم من هو أولى منه حاضر ، فإن فعل نظر السلطان في ذلك .

وقـال آخـرون[2]: للأقــرب أن يــرد أو يجـيز إلا أن يتطـاول مكثـها[3] عنـد الـزوج وتلـد الأولاد ؛ لأن العقـد لم يخـرج مـن أن وليـه ولي وهـذا في ذات المنصـب والقـدر .

[في غيبة الأب عن ابنته البكر]

ومــن غــاب عــن ابنتــه البكــر غيبــة انقطــاع كمــن خــرج في المغــازي إلى مثــل

(١) رواه مالك في الموطأ بلاغاً عن سعيد بن المسيب عن عمر (٢/٢٥٤) كتاب النكاح باب استئذان البكر والأيم ، والبيهقي في الكبرى (٧/١١١) ، وابن حزم في المحلى (٩/٤٥٤)، وانظر لمعنى هذا الأثر : الاستذكار (١٦/٢٨) .

(٢) مسألة تزويج الأبعد مع وجود الأقرب غير المجبر ، فيها أربعة أقوال في المذهب :

الأول : أنه ماض ولا كلام للأقرب ، وهو قول مالك ، وقد تقدم في رواية علي عنه في الأخ لأب يزوج أخته لأبيه وثم شقيقها .

الثاني : يجوز إذا كان من أهل الرأي ، وهو قول ابن القاسم .

الثالث : ينظر السلطان في ذلك ، وهو قول بعض الرواة .

الرابع : للأقرب أن يرده أو يجيزه إلا إذا تطاول الأمر وولدت الأولاد .

قلـت : وأصـح المشـهورين في المذهـب أنـه يكـره ابتـداء ، وإن وقـع جـاز . انظـر : الحطـاب (٥/٦٠) ، والدسـوقي مـع الشـرح الكبـير (٢/٢٢٧) ، وعليـش (٣/٢٨١) ، التقييد (٢/١٣١)، الشرح الصغير (٢/٣٦٣) .

(٣) في ز : مقامها .

إفريقية والأندلس وطنجة فأقام بها فرفعت أمرها إلى الإمام فلينظر لها ويزوجها(١) ، وأما إن خرج تاجراً في سفر لغير مقام ، فلا يزوجها ولي ولا سلطان ، وإن أرادته الابنة .

[في الكفاءة في النكاح]

[قال مالك :](٢) وإذا رضيت [الثيب](٣) بكفء في دينه وهو دونها في النسب والشرف والمال ، [أو رضيت بمولى](٤) ورده أب أو ولي ، زوجها إياه الإمام ؛ لأن نكاح الموالي في العرب لا بأس به .

قيل : فإن رضيت بعبد ؟ ، قال : [قد](٥) قال مالك : المسلمون بعضهم لبعض أكفاء ، إذ قيل له : إن بعض هؤلاء القوم [قد](٦) فرقوا بين عربية ومولى(٧) ، فاستعظم ذلك [استعظاماً شديداً](٨) ، [وقال : المسلمون كلهم بعضهم لبعض أكفاء](٩) لقول الله تعالى : ﴿ إن أكرمكم عند الله أتقاكم ﴾(١٠) ، وقال

---

(١) في ك : وليزوجها .

(٢) سقطت من ط و ز و هـ .

(٣) سقطت من ز ، وفي ك و ط : ثيب .

(٤) سقطت من ز .

(٥) سقطت من ط .

(٦) سقطت من ط و ز و ك .

(٧) انظر : المدونة (٢/١٦٤) .

(٨) سقطت من ط ، وفي ك : إعظاماً شديداً .

(٩) سقطت من ط ، وفي ز و ك : أهل الإسلام بعضهم لبعض أكفاء .

(١٠) سورة الحجرات ، الآية ١٣ .

غيره[1]: ليس الولي بعاضل في منعه ذات القدر نكاح العبد ومثله ؛ لأن للناس مناكح قد عرفت لهم وعرفوا لها، ولا يكون الأب عاضلاً لابنته البكر البالغ في ردّ أول خاطب أو خاطبين حتى يتبين ضرره ، فإذا تبين [ذلك منه وأرادت الجارية النكاح][2] قال له الإمام : إما أن تزوج[3] وإلا زوجناها عليك ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لا ضرر ولا ضرار »[4].

---

(١) يريد به المغيرة وسحنون ، فقد قالا باعتبار الحرية في الكفاءة وفسخ النكاح ، قال عبد الوهاب : وهو الصواب ؛ لأن العار يدخل على الأولياء بوضع وليتهم نفسها تحت عبد ، فكان لهم منعها ، قال في التوضيح : وهو الصحيح . قال اللخمي : أما الآية فلا مدخل لها هنا ؛ لأن مضمنها عند الله وعلى ما يكون عليه في الآخرة ، ومنازل الدنيا وما تلحق به معرة غير ذلك ، وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه خير بريرة حين عتقت في زوجها ، ولم يختلف المذهب أن ذلك لنقصه عنها ، وأنه ليس بكفء لها ، وأنها لا خيار لها لو كان حراً ، فبان بهذا أن العبد ليس بكفء للحرة عربية كانت أو مولاة ؛ لأن بريرة حديثة عهد بعتق .

ولا خلاف أيضاً في العبد يتزوج الحرة وهي لا تعلم أن ذلك عيب يوجب لها الخيار ، وأما ما ذكر من نكاح أسامة وغيره فكان في أول الإسلام وقد رفضوا ما كان من الافتخار في الجاهلية ، والمقدم عندهم حينئذ من كان ذا سابقة في الإسلام ، لذلك قدّم عمر بلالاً على أبي سفيان لسابقة بلال في الإسلام ، وإنما ينظر في كل زمان إلى ما عليه أهله فيحملون عليه ، وكل بلد وموضع يحمل أهله على ما هم عليه ، فما يلحق العار في بلد لا يلحقه في بلد آخر، وكذلك الزمن . انظر : التقييد (١٣٥/٢) ، الشرح الصغير (٤٠٠/٢) ، الذخيرة (٢١٣/٤)، حاشية الدسوقي (٢٥٠/٢)، وقد أخرج خبر بريرة البخاري برقم (٥٠٩٧) باب الحرة تحت العبد (١٣٨/٩).

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٣) في هـ : إما أن تزوجها .

(٤) رواه الإمام مالك في الموطأ (٧٤٥/٢) كتاب الأقضية ، القضاء في المرفق ، والإمام أحمد =

[في إنكاح الوصي]

قال مالك : وللوصي أن يزوج البكر البالغ برضاها وإن كره الولي ، ولو رضيت هي ووليها برجل وعقدا له[1] لم يجز إلا برضى الوصي ، فإن اختلفوا نظر السلطان ، قال يحيى بن سعيد : الوصي أولى من الولي ، ويشاور الولي[2].

قال مالك : ووصي الوصي في البكر وإن بعد كالوصي ، ويزوج الولي الثيب برضاها ، وإن كره الوصي ، وإن زوجها الوصي برضاها أيضاً جاز ، وإن كره الولي ، وليس كالأجنبي فيها[3] ، وليس لأحد أن يزوج الطفلة قبل بلوغها من قاض أو وصي أو ولي إلا الأب وحده[4] ، وأما الطفل الصغير فلأبيه أو وصيه أن يزوجه

= في المسند (٣١٣/١) ، وابن ماجه في كتاب الأحكام (٢٣٤١) (٧٨٤/٢) ، وقد رواه السيوطي في الجامع الصغير (٣٦٣/٢) ورمز له بالحسن ، وقال الزرقاني في مختصره للمقاصد الحسنة (٢١٦) رقم (١٢٠٠) هو حديث حسن .

(١) في ك : وعقدوا له . وفي ز : وعقدوا .

(٢) وهناك قول في المذهب أن الولي أولى من الوصي ، قال اللخمي : وهذا القول أحسن ؛ لأن الوصي أجنبي . انظر : الجواهر الثمينة (١٧/٢) .

(٣) في ك : وليس كالأجنبي فيها ، قال مالك : وليس لأحد . . . إلخ .

(٤) ظاهر هذا الكلام وإن أوصى الأب بزواجها ، وليس الأمر كذلك بل إذا أوصى الأب بزواجها فللوصي أن يزوجها ، قال في الرسالة : ولا يزوج الصغيرة إلا أن يأمره الأب بإنكاحها ، قال في التقييد : وقد زادت الرسالة هنا على المدونة . وقال في الموازية والواضحة : وإذا قال الأب للوصي : زوج ابنتي فلاناً ، أو ممن ترضاه ، أو قال : زوجها فقط ، فهذه يزوجها الوصي قبل البلوغ وله إكراهها على ذلك قبل البلوغ كالأب . انظر : الفواكه الدواني (٩/٢) ، الشرح الصغير (٣٥٥/٢) ، التقييد (٢/ ١٣٧) ، حاشية الدسوقي (٢٢٣/٢) ، المعونة للقاضي عبد الوهاب (٧٣٢/٢) ، عقد الجواهر الثمينة (١٧/٢) .

قبل بلوغه ، وليس ذلك لغيرهما من الأولياء ، ولهما أن يوكلا بذلك غيرهما ، وليس للأم أن تستخلف من يزوج ابنتها البالغ اليتيمة ، إلا أن تكون الأم وصية ، [فإن كانت وصية][1] عليها أو على صبية غير ابنتها فلا تلي هي عقد نكاحها ، ولكن توكل بذلك رجلاً بعد بلوغ الصبية ورضاها ، وأما قبل بلوغها[2] فلا[3] .

[في المرأة توكل وليّيْها فيزوجانها رجلين]

وإذا وكلت المرأة كل واحد من ولييها فزوجها هذا من رجل وهذا من رجل فالنكاح لأولهما إذا عرف الأول ، إلا أن يدخل بها الآخر فهو أحق [بها][4]، وبذلك قضى عمر - رضي الله عنه -[5] فإن لم يدخل بها واحد منهما ولم يعلم الأول فسخا جميعاً ولا قول لها إن قالت : هذا هو الأول ، ثم تبتدي نكاح من أحبت منهما أو من غيرهما[6] .

[في نكاح المعتقة وفيمن أنكحها وليها من غير كفء ثم بانت منه وأرادت نكاحه بعد ذلك]

[7] وإذا عتق الأمة رجلان فكلاهما وليها ، فإن أنكحها أحدهما بإذنها جاز ذلك على الآخر وإن لم يرض ، وإذا رضي الولي بعبد أو بحر ليس بكفء ،

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ز : وأما قبل البلوغ فلا .

(٣) هذا إذا لم يكن الأب أوصى بزواجها ، أما إذا كان الأب أوصى بزواجها فإنها تزوج قبل البلوغ وبغير رضاها ، كما سبق وأن ذكرنا في المسألة التي قبل هذه .

(٤) سقطت من ز و ك .

(٥) انظر : مصنف عبد الرزاق (٢٣٠٣/٦) ، وابن أبي شيبة (٤٦١/٣) .

(٦) في ك : من غيرها .

(٧) في ك : قال مالك .

فصالح ذلك الرجل زوجته فبانت منه ثم أرادت المرأة نكاحه بعد ذلك وامتنع الولي فليس ذلك له ، إلا أن يظهر منه على فسق أو تلصص أوما فيه حجة غير الأمر الأول ، فذلك للولي .

[في إنكاح الدنية أو ذات القدر بغير إذن ولي]

وإذا وكلت المرأة الدنية مثل : المعتقة والسوداء والمسالمة(١) والمسكينة ، أجنبياً ، فزوجها وهي ببلد لا سلطان فيه أو فيه سلطان يعسر عليها تناوله ولا ولي لها ، جاز ذلك ، وكذلك إن ولّت من أسلمت هي على يديه ، وذلك فيهن أخف منه في ذوات القدر ، وأما إن أسلم على يديه أبوها ، وتقادم ذلك حتى يكون لها من القدر والغناء [والآباء](٢) في الإسلام ، وتنافس الناس فيها(٣) فلا يزوجها ، وهو كأجنبي فيها .

قيل لمالك : فرجال من الموالي يأخذون صبياناً من الأعراب(٤) تصيبهم السَّنة(٥) فيكفلونهم ويربونهم حتى يكبروا ، فتكون فيهم الجارية فيريد أن يزوجها ، فقال : ذلك جائز ، ومن أنظر لها منه(٦)؟ .

---

(١) المعتقة : المراد بها التي عتقت حديثاً ، والسوداء : هي التي من قوم من القبط يقدمون من مصر وهم سود ، والمسالمة : هي التي أسلمها أهلها وأسلمتهم .
وكل هذه الأوصاف تدخل تحت مسمى الدنية ، وهي المرأة الخالية من الجمال والمال والحسب والنسب . انظر : التقييد (٢/١٤٠) ، الشرح الصغير (٢/٣٦١) .

(٢) سقطت من ز .

(٣) أي : تفاخروا .

(٤) في ك و ط : صبيان الأعراب .

(٥) السَّنَة : الشدة والجدب والغلاء . انظر : المصباح (٢٩٢)، التقييد (٢/١٤١) .

(٦) هذا على احتمال أن أباها مجهول أو ميت ، أما إذا كان حياً معروفاً فالولاية إليه دون غيره . انظر : التقييد (٢/١٤١) .

وأما كل امرأة لها بال أو غناء وقدر فإن تلك لا يزوجها إلا وليها أو السلطان .

[قيل لمالك : فلو أن امرأة لها بال أو غناء وقدر ، وقد تزوجت بغير أمر ولي فوضت أمرها إلى رجل فرضي الولي بعد ذلك ، أيثبت ذلك النكاح ؟ فوقف فيه][1][2] ، وقال عنه ابن وهب في موضع آخر إنه يفرق بينها وبين زوجها[3] بطلقة ، دخل [بها][4] الزوج أم لا ، إلا أن يجيز ذلك الولي أو السلطان إن لم يكن لها ولي .

وقال ابن القاسم : إذا أجازه الولي [وكان][5] بالقرب جاز ، سواء دخل [بها][6] الزوج أم لا ، وإن أراد فسخه بحدثان الدخول فذلك له ، فأما إن طالت إقامتها معه[7] وولدت الأولاد ، أمضيته إن كان ذلك صواباً ولم يفسخ ، وقاله مالك .

وقال غيره[8]: لا يجوز ، وإن أجازه الولي ؛ لأنه [نكاح][9] عقده غير ولي ،

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٢) سيأتي أن مالك قال في هذه المسألة بمثل قول ابن القاسم الآتي الذي عليه المذهب ، ولعل توقفه كان في أول الأمر . انظر : منح الجليل (٣/٢٨٠) .

(٣) في ط : يفرق بينهما .

(٤) سقطت من ك . وفي ز : دخل بها زوجها .

(٥) سقطت من ط و ز و ك .

(٦) سقطت من ط و هـ .

(٧) في هـ : إقامته معها .

(٨) وهو قول سحنون . انظر : التقييد (٢/١٤٢) .

(٩) سقطت من ط .

وقال غير واحد من الرواة مثل قول ابن القاسم : إن أجازه الولي [بالقرب][1] جاز[2] .

وإذا استخلفت امرأة على نفسها رجلاً فزوجها ، ولها وليان أحدهما أقعد بها من الآخر ، فلما علما أجازه الأبعد ورده الأقعد ، فلا قول هاهنا للأبعد، بخلاف التي زوجها الأبعد وكره الأقعد ؛ لأن ذلك نكاح عقده ولي وهذا نكاح عقده غير ولي ، فلا يكون فسخه إلا بيد الأقعد ، فإن غاب الأقعد وأراد الأبعد فسخه نظر السلطان في ذلك[3] ، فإن كانت غيبة الأقعد قريبة بعث إليه وانتظره ولم يعجل ، وإن كانت غيبته بعيدة نظر السلطان كنظر الغائب في الرد والإجازة ، وكان أولى من الولي الحاضر .

[في قول المرأة لوليها : زوجني ممن أحببت ، فزوجها من نفسه أو فعل ذلك القاضي]

قال مالك : وإن قالت [المرأة][4] لوليها : زوجني ممن أحببت ، فزوجها من نفسه أو من غيره لم يجز حتى يسمي لها من يزوجها[5]، ولها أن تجيز أو ترد ، وقد قال عبد الرحمن[6]: إن زوجها من غيره جاز وإن لم يسمه ، وإن زوجها من نفسه فبلغها

(١) سقطت من ز و ك و ط .

(٢) وهو المعتمد . انظر : منح الجليل (٣/٢٨٠).

(٣) في ز و ك : نظر فيه السلطان . وفي ط : نظر السلطان فيه .

(٤) سقطت من ك و ط .

(٥) في ك : من يزوجها منه .

(٦) المراد بعبد الرحمن : ابن القاسم . والمعتمد قول مالك أنه يجب عليه تعيينه سواء كان نفسه أو غيره ، ولا يجوز عدم التعيين لاختلاف أغراض النساء في أعيان وصفات الرجال ، فإن لم يعينه وعقد فلها الإجازة أو الرد ، وإلى هذا أشار خليل بقوله : « وإن وكلته ممن أحب عيّن وإلا فلها الإجازة ولو بعُد » . انظر : مختصر خليل (١٠١)، منح الجليل (٣/٢٩٤)، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢/٢٣٢).

ذلك فرضيت به جاز ، وإن لم يكن لها ولي فزوجها القاضي من نفسه أو من ابنه برضاها جاز ذلك ؛ لأنه ولي من لا ولي له ، وإن كان لها ولي فزوجها القاضي من [نفسه أو من ابنه][1] برضاها ، وأصاب وجه النكاح ولم يكن منه جور فليس لوليها فسخ ذلك .

[فيمن زوج ابنه البالغ وهو حاضر أو غائب]

ومن زوج ابنه البالغ المالك لأمره وهو حاضر صامت ، فلما فرغ الأب من النكاح قال الابن : ما أمرته ولم أرض ، صدق مع يمينه ، وإن كان الابن غائباً فأنكر حين بلغه ، سقط النكاح والصداق عنه وعن الأب ، وابنه والأجنبي في هذا سواء .

[فيمن زوج معتقه الصغير ونكاح الوصي لرقيق اليتامى]

ومن أعتق صبياً صغيراً أو صغيرة فزوجها قبل البلوغ لم يجز عقده عليها ، وللوصي إنكاح آماء اليتامى وعبيدهم على وجه النظر [لهم][2] .

[فيمن خطب لرجل بأمره ثم أنكر الخاطب]

ومن خطب على رجل امرأة بأمره[3] فرضيت ووليها ، وضمن الخاطب الصداق ، ثم قال الرجل : ما أمرته ، بطل النكاح والصداق عنه وعن الزوج .

[فيمن قال لرجل : زوجني بألف ، فزوجه بألفين]

ومن قال لرجل : زوجني بألف [أو قال له : زوجني فلانة بألف][4] ، فزوجه

---

(١) سقطت من ز . ومن ك سقط أو من ابنه .

(٢) سقطت من ط و ز و ك .

(٣) في ك و هـ : بإذنه .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

بـألفين ، فعلـم بذلـك قبـل البنـاء ، قيـل للـزوج : إن رضيـت بـألفين وإلا فـرق بينكما بطلقة ، إلا أن ترضى المـرأة بـألف فيثبـت النكـاح ، وإن قـال الرسـول : أنـا أغـرم الألـف الـتي زدت وأبى الـزوج ، لم يلزمـه النكـاح بذلـك[1] ، وإن لم يعلمـا حـتى دخـلا لم يلـزم الـزوج غـير الألـف ولا يلـزم[2] المـأمور شـيء ؛ لأنهـا صدّقتـه[3] والـزوج جحدهـا الألـف الزائـدة والنكـاح بينـهما ثـابت[4]. [قـال ابـن القاسم :][5] وإن أقرّ المأمور بعد البناء بالتعدي غرم الألـف الثانيـة والنكـاح ثـابت . وإن دخـل الـزوج بعـد علمـه بتعـدي المـأمور[6] لزمـه ألفـان ، علمـت المـرأة أو لم تعلم ، وكذلك أمـة[7] اشتراهـا لـه بـأكثر مما أمره بـه فوطئها عالماً بما زاد ، والبائع عالم بذلك أو غير عالم .

[في عقد النصراني لنكاح ابنته النصرانية]

قـال مـالك ـ رحمـه الله ـ : ولا يجـوز لنصرانـي عقـد نكـاح مسـلمة ، ويعقـد النصرانـي نكـاح وليتـه النصرانيـة لمسـلم إن شـاء ، ولا يعقـده وليـها المسلـم ، لقـول الله تعالـى في أهـل الكفـر : ﴿ مـالكم مـن ولايتـهم مـن

---

(١) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : لأنـه يقـول إنمـا أرسـلت أن يكـون الصـداق بـألف فـلا أرضـى أن يكون بألفين .

(٢) في هـ : ولم يلزم .

(٣) في هـ : لأنها قد صدقته .

(٤) في ز : جائز .

(٥) سقطت من هـ و ط .

(٦) في هـ : بالتعدي من المأمور .

(٧) في ز : وكذلك الأمة إن اشتراها له .

شيء ﴾[1] إلا التي ليست من نساء [أهل][2] الجزية قد أعتقها رجل مسلم فيجوز .

[فيمن لا يجوز لهم تولي عقد النكاح]

والعبد والمكاتب والنصراني والمدبر والمعتق بعضه والمرتد ، ليس منهم من يعقد عقدة النكاح ، فإن عقد أحد منهم نكاح ابنته البكر أو الثيب برضاها ، وابنة النصراني مسلمة لم يجز ويفسخ وإن دخل بها ، وللمدخول بها المهر بالمسيس ، ولو كانت ابنة العبد حرة فأراد أولياؤها إجازة ذلك لم يجز ، ولا بد من فسخه [3].

والعبد إذا استخلفه حر على البضع فليوكل غيره[4] على العقد ، وللمكاتب إنكاح إمائه على ابتغاء الفضل وإن كره سيده ، ولكن يلي العقد غيره بأمره ، ولا يجوز على غير ابتغاء الفضل إذا رده السيد ، ولا يتزوج المكاتب إلا بإذن سيده .

ولا تعقد المرأة النكاح على أحد من الناس[5] ولا لابنتها ، ولكن تستخلف

---

(١) سورة الأنفال ، الآية (٧٢) .

(٢) سقطت من ك .

(٣) وردت هنا زيادة في هـ ، وهي : قال مالك : . . .

(٤) قال الزرويلي : وكذلك غير العبد ممن ذكر أنه لا يجوز له أن يلي عقد النكاح ، فلا خصوصية للعبد . انظر : التقييد (١٤٩/٢) .

(٥) المراد : من النساء اللواتي يشترط لهن الولاية ، وأما غير النساء من الذكور الذين تليهم أو تملكهم أو وكلت على نكاحهم ، فإنها تعقد لهم النكاح على المشهور . انظر : التحفة لابن عاصم (٢٧٧/١) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٣٠/٢) .

رجلاً يعقد لها النكاح إن كانت وصية ، ولها أن تستخلف أجنبياً وإن كان أولياؤها حضوراً .

[في النكاح إذا عقده غير ولي]

قيل لمالك : من تزوج امرأة بغير أمر ولي بشهود ، أيضرب أحد منهم ؟، فقال : أدخل بها ؟، قالوا : لا ، وأنكر الشهود[1] أن يكونوا حضوراً ، فقال : لا عقوبة عليهم .

قال ابن القاسم : إلا أني رأيت منه أن لو دخل بها لعوقبت المرأة والزوج والذي أنكح ، ويؤدب الشهود أيضاً إن علموا .

ويكره[2] للرجل أن يتزوج امرأة[3] بغير أمر ولي . وقال ابن القاسم : فإن فعل كره له[4] وطؤها حتى يعلم وليها فيجيز أو يفسخ ، فإن فسخه الإمام أو وليها عند الإمام ثم أرادته زوّجها إياه الإمام مكانها وإن كره الولي إذا دعت إلى سداد

---

(١) قوله هنا : وأنكر الشهود ، مع قوله قبل هذا : أنه تزوج المرأة بالشهود ، فيه إشكال ، وقد قيل في توجيهه : أن قوله : وأنكر الشهود يحتمل أن يكون سؤال آخر ، أي وكيف إن أنكر الشهود أن يكونوا حضروا ، وقيل يحتمل أن يكون قوله : شهود على زعمهم ، وقيل : يحتمل أن يكونوا حضروا بمعنى علموا ، وقيل : أنكر الشهود بالنصب ، أي أن مالكاً ـ رحمه الله ـ أنكر حضور الشهود ـ كما قال في موضع آخر : أنتم تقرؤون العلم وتشهدون على مثل هذا ـ . وقيل غير هذا . انظر : التقييد (١٥٠/٢) .

(٢) يكره بمعنى يحرم ، ولو لم يكن يحرم لما قال قبل هذا بعقابهما ، فالمكروه لا يعاقب على فعله . انظر : التقييد (١٥٠/٢) .

(٣) في هـ : أن يتزوج المرأة .

(٤) كره هنا بمعنى حرم ـ كما تقدم ـ .

وإن لم يساو حسبها ولا غناها وكان[1] مرضياً في عقله ودينه ، وهذا إذا لم يكن دخل بها[2] ، وإن كان وليها غائباً وقد استخلفت[3] رجلاً فزوجها فرفعت هي أمرها إلى الإمام قبل قدوم وليها ، نظر الإمام في ذلك وبعث إلى وليها إن قرب فيفرق أو يترك ، وإن بعد ، نظر الإمام [في ذلك][4] كنظره في الرد والإجازة .

قال غيره : وإن بعدت غيبة الولي لم ينتظر ، وينبغي للإمام أن يفرق بينهما ويأتنف إنكاحها منه إن أرادته ، ولا ينبغي أن يثبت نكاح عقده غير ولي في ذات القدر والحال[5].

قال ابن القاسم : فإن أراد الولي أن يفرق بينهما فعند الإمام إلا أن يرضى الزوج بالفراق دونه ، وإن تزوجت ولم تستخلف أحداً لم يقر هذا النكاح في دنية أو غيرها ، ويفسخ وإن ولدت الأولاد ، ويدرأ عنها الحد .

وإن زوجها وليها من رجل ثم طلقها ذلك الرجل ثم خطبها ، فليس لها نكاحه إلا بعقد الولي أيضاً .

---

(١) في ك : إن كان .

(٢) فإن دخل بها فلا ينكحها حتى يستبرئها . انظر : التقييد (٢/١٥١) .

(٣) في ز : استخلف .

(٤) سقطت من ز و ط و ك .

(٥) ذكر ابن عبد البر أن تحصيل مذهب مالك عدم جواز النكاح بغير ولي ، فإن وقع فُسِخ ، إلا أن يفوت بالدخول وطول الزمن والولادة لم يفسخ ؛ لأنه لا يفسخ من الأحكام إلا الحرام البين . . . فأما ما يجتهد فيه الرأي وفيه الاختلاف ، فلا يفسخ . . . قال : ويشبه على مذهب مالك أن يكون الدخول فوتاً وإن لم يتطاول ، ولكنه احتاط في ذلك . انظر : الاستذكار (١٦/٣٥-٣٧) .

[فيمن أعتق أم ولده ثم أنكحها من نفسه]

ومن أعتق أم ولده ثم أنكحها من نفسه بإذنها جاز ذلك وإن كره ولدها .

[فيما يفسخ من النكاح بطلاق أو تقع الحرمة بـه]

قـال ابـن القاسـم وأكـثر الـرواة[١]: كـل نكـاح ، للـولي أو لأحـد الزوجـين[٢] أو لغيرهما[٣] إمضاؤه أو فسخه ، فإن فســخه إيـاه بطـلاق ، وتكـون تطليقـة بائنـة ، ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ ، مثل التي تتزوج بغير أمر ولي فيطلقها الـزوج قبل البناء أو بعده أو يخالعها علـى مـال يـأخذه منـها ، وذلـك قبـل أن يجـيز الـولي ، فالطلاق[٤] يلزم ويحل له ما أخذ .

قـال ابـن القاسـم : لأن فسـخ هـذا النكـاح عنـد مـالك ليـس علـى وجـه تحـريم النكاح ، وقد سمعته يقول : ما فسـخه بـالبين ولكنـه أحـب إلينـا ، [فقلنـا لـه :][٥] أترى أن يفسخ وإن أجازه الولي ؟ فوقف عنه[٦] .

[فيما يفسخ من النكاح بغير طلاق ولا ميراث ، ومتى يجب فيه الصداق]

قال ابن القاسم وأكثر الرواة[٧]: كـل نكـاح كانـا مغلوبـين علـى فسـخه مثـل :

---

(١) في ز و هـ : وأكثر الرواة يقولون .

(٢) كأن يطلع على عيب في الآخر .

(٣) كالسلطان أو السيد في عبده .

(٤) في ط : قبل أن يجيز الولي بالطلاق .

(٥) سقطت من ط .

(٦) في ز : فتوقف عنه ولم يمض فيه ، فعرفت أنه عنده ضعيف ، وأرى فيه أنه جائز إذا أجازه الولي .
قلت : وهذه الزيادة بنصها في المدونة (١٨٢/٢) .

(٧) في ز و هـ : وأكثر الرواة يقولون .

نكاح الشغار ، ونكاح المريض ، والمحرم[1] ، وما كان صداقه فاسداً[2] ، أو عقد على أن لا صداق [فيه][3] فأدرك قبل البناء فكانا مغلوبين [على فسخه][4] ، فالفسخ في ذلك كله بغير طلاق ، [ولا يقع فيه طلاق][5] ولا ميراث فيه ، [ولا يجوز فيه الخلع قبل البناء ولا بعده][6][7].

وما عقدته المرأة على نفسها أو على غيرها ، وما عقده العبد على غيره ، فإن هذا يفسخ قبل البناء وبعده بلا طلاق ولا ميراث فيه .

[فيما فيه الصداق من الأنكحة الفاسدة]

قال ابن القاسم : وكل ما فسخ بعد البناء مما فسد لعقده ففيه المسمى ، وما فسخ من جميع ما ذكرناه قبل البناء فلا صداق فيه ، وترده إن قبضته ، وإن قذفها الزوج في النكاح الذي لا يقر على حال لاعن ، لثبوت النسب فيه ، ولا يلزم فيه الظهار إلا أن يريد إن تزوجتك ، ويلزمه الإيلاء إن تزوجها كالأجنبية ،

---

(١) في ك : ونكاح المحرم .

(٢) في ز : وما كان نكاحاً فاسداً ، أو عقد على أن لا صداق بينهما فيه .

(٣) سقطت من ط .

(٤) سقطت من ط .

(٥) سقطت من ط .

(٦) سقطت من ط و ك و ز .

(٧) هذه الرواية تخالف الرواية الآتية التي رجع إليها ابن القاسم لما بلغه عن مالك ، وهي المعتمدة ، وهي أن كل نكاح نص الله ورسوله على تحريمه لا يختلف فيه ، فإنه يفسخ بغير طلاق ، وكل ما اختلف الناس في إجازته ورده فالفسخ فيه بطلاق ، وفيه الميراث ، ومن ذلك نكاح الشغار والمحرم ، فإن فيهما الطلاق والميراث لاختلاف الناس فيهما .

[ثم][1][2] قال ابن القاسم لرواية بلغته عن مالك وغيره من أهل العلم : إن كل نكاح نص الله ورسوله ﷺ على تحريمه لا يختلف فيه ، فإنه يفسخ بغير طلاق ، وإن طلق فيه قبل الفسخ لم يلزم ، ولا يتوارثان ، كمتزوج الخامسة أو أخته من الرضاعة أو المرأة على عمتها أو خالتها[3] أو من تزوج امرأة فلم يبن بها حتى تزوج ابنتها أو ناكح في عدة ، ولا تحرم بهذا النكاح إن لم يمس فيه على آبائه وأبنائه[4] ، [ولا يحصنها الوطء فيه . وقال غيره في الابنة التي نكحها على أمها قبل البناء بالأم : إن الابنة لا تحل لآبائه وأبنائه ؛][5] لشبهة العقد .

[فيما يفسخ من الأنكحة بطلاق وفيه الميراث]

قال ابن القاسم[6]: وكل ما اختلف الناس في إجازته ورده فالفسخ فيه بطلاق ، ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ ، كالمرأة تزوج نفسها أو تنكح بغير ولي[7] ، والأمة[8] تتزوج بغير إذن السيد ؛ لأن هذا قد قال خلق كثير : إن أجازه الولي جاز ، وإذ لو قضى به قاض لم أنقضه ، وكذلك نكاح المحرم والشّغار بعينه[9] للاختلاف فيهما .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) قوله «ثم» يدل على أن هذه الرواية هي الأخيرة وهي التي عليها العمل ، وهذا الشق الأول منها.

(٣) في ز : أو على خالتها .

(٤) في ز : ولا أبنائه .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٦) هذا الشق الثاني من الرواية الأخيرة التي رجع إليها ابن القاسم ـ كما سبقت الإشارة إلى ذلك ـ.

(٧) في ك : بغير إذن ولي .

(٨) في هـ : والمرأة .

(٩) وكذلك وجه الشغار ومركبه من باب أولى ، وقد تقدم أنهما يمضيان بالدخول .

[فيما تقع به الحرمة من الأنكحة الفاسدة]

وإن نكح عبد بغير إذن سيده ، فطلق امرأته قبل أن يجيز السيد نكاحه ، أو أعتقت أمة تحت عبد فطلقها زوجها قبل أن تختار[1] ، فالطلاق لازم كان واحدة أو البتات ، فإن فسخ السيد نكاح عبده قبل البناء لم يحل للعبد أن يتزوج أمها ، وكذلك [كل][2] من فسخ نكاحه قبل البناء مما اختلف فيه الناس فإنها لا تحل لابنه ولا لأبيه ؛ لأن كل نكاح اختلف الناس [فيه][3] ، فالحرمة تقع فيه كحرمة النكاح الصحيح الذي لا اختلاف فيه ، وقد روي عن مالك في رجل زوج ابنه البالغ المالك لأمره وهو غائب بغير إذنه فرد ذلك الابن ، قال : لا ينبغي[4] للأب أن يتزوج تلك المرأة ، وإن زوج[5] أجنبياً غائباً فأجاز إذ بلغه لم يجز ذلك إن طال ، ولا يتزوجها آباؤه ولا أبناؤه ، ولا ينكح هو أمها ، وينكح ابنتها إن لم يبن بالأم[6] .

[في نكاح العبد بغير إذن سيده]

قال مالك : وإذا نكح عبد بغير إذن سيده فلسيده أن يطلق عليه واحدة بائنة

---

(١) في ك : تختار نفسها .

(٢) سقطت من ك و ط و ز .

(٣) سقطت من ك .

(٤) لا ينبغي هنا للحرمة على المعتمد ، وقد أنكر ذلك ابن لبابة وقال : لا يقع التحريم عندي بشيء من هذا ولو توصل إلى هذا لتوصل الناس إلى تحريم من شاءوا من النساء على غيرهم ، بعقد نكاحها على من تحرم عليه بسببه بغير أمره ، وانظر للتفصيل في هذه المسألة : التقييد (٢/١٥٥)، منح الجليل (٣/٣٣١) .

(٥) في ز : وإن زوجها رجل أجنبياً .

(٦) انظر : المدونة (٢/١٨٦) .

أو طلقتين جميع طلاق العبد ، وقال أكثر الرواة[1]: لا يطلق عليه إلا واحدة ؛ لأن الواحدة تبينها وتُفرّغ[2] له عبده .

[في الأمة تعتق تحت العبد والرجل يزوج أم ولده]

قال مالك : وللأمة إذا عتقت[3] تحت عبد أن تختار نفسها بالبتات ، على حديث زبراء[4] ، وكان [مالك][5] يقول : لا تختار[6] إلا واحدة بائنة ، وقاله أكثر الرواة[7] ، وكره مالك[8] أن يزوج الرجل أم ولده ، فإن فعل لم يفسخ .

---

(١) وهو المشهور ، وإليه أشار خليل بقوله : « وللسيد رد نكاح عبده بطلقة فقط بائنة » . انظر : المختصر (١٠٢).

(٢) في ز : وتنزع .

(٣) في ك : إذا أعتقت .

(٤) حديث زبراء : هو ما رواه مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير أن مولاة لبني عدي يقال لها زبراء ، أخبرته أنها كانت تحت عبد ، وهي أمة يومئذ ، فعتقت ، قالت : فأرسلت إلى حفصة زوج النبي ﷺ فدعتني ، فقالت : إني مخبرتك خبراً ، ولا أحب أن تضعي شيئاً ، إن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك ، فإن مسك فليس لك من الأمر شيء ، فقالت : فقلت : هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق ، ففارقته ثلاثاً . الموطأ كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخيار (٥٦٣/٢) .

(٥) سقطت من ز .

(٦) في ز : لا تختار الأمة .

(٧) قال اللخمي : وهو الأحسن ؛ لأن الواحدة ترفع الضرر عن السيد ولا تمنع العبد من زواجها فيما لو عتق أو أذن له السيد ، وقال عليش : إنه المشهور ؛ لأنه قول أكثر الرواة ، وإلى القولين أشار خليل بقوله : « ولمن كمل عتقها فراق العبد فقط بطلقة بائنة أو اثنتين » . انظر : التقييد (١٥٦/٢)، منح الجليل (٤١٠/٣) .

(٨) الكراهة هنا كراهة تنزيه ؛ لأن ذلك ليس من مكارم الأخلاق ، وهذا إذا كان زواجها برضاها ، وهو المراد هنا عند أكثر الرواة ، وأما إذا كانت مجبرة ، فإن الكراهة هنا بمعنى الحرمة ؛ لأن الذي رجع إليه مالك عدم جواز إجبارها . انظر : التقييد (١٥٦/٢) .

[في نكاح الأمة بدون إذن سيدها ، ومتى تحل على الناكح]

ومن تزوج أمة رجل بغير إذنه لم يجز ، وإن أجازه السيد ، ويفسخ وإن ولدت الأولاد ، ولو أعتقها السيد قبل علمه بالنكاح لم يكن بد من فسخه ، ولا ينكحها الزوج إلا بعد العدة[1] من مائه الفاسد وإن كان نسب ما في بطنها يثبت منه[2] ، وكذلك إن اشتراها في تلك العدة فلا يطؤها حتى تنقضي [تلك العدة لفساد مائه][3] ، وكذلك كل وطء كان فاسداً يلحق فيه الولد ، ففرق[4] بين الزوج والمرأة فلا يتزوجها حتى تنقضي عدتها ، ولو باع الأمة رجل أو باعت هي نفسها بغير إذن السيد فأجازه السيد جاز ، ولا كلام للمبتاع [فيه][5] .

[في إنكاح الأمة والعبد بغير إذن أسيادهما]

ولا تنكح أمة أو عبد[6] بين رجلين إلا بإذنهما ، فإن عقد للأمة أحد الشريكين بصداق مسمى لم يجز [النكاح][7] ، وإن أجازه الآخر ، ويفسخ وإن دخلت[8] ، ويكون بين السيدين الصداق المسمى إذا دخلت ، فإن نقص عن صداق المثل أتم للغائب نصف صداق المثل إن لم يرض بنصف التسمية .

---

(١) عبر هنا بالعدة عن الاستبراء ، وكذلك في المسألة التي تلي هذه .

(٢) في ز : فإن كان في بطنها ولد ثبت نسبه منها .

(٣) سقطت من ز و ك . وفي ط : حتى تنقضي عدتها .

(٤) في ز : فيفرق .

(٥) سقطت من ط و ز و ك .

(٦) في ك : أمة وعبد .

(٧) سقطت من ط و ز و ك .

(٨) في ك : وإن دخل بها .

وأما نكاح العبد بغير إذن سيده فإن أجازه السيد جاز ؛ لأنه يعقد على نفسه بإذنه بخلاف الأمة ، وإن كُلّم السيد فامتنع أن يجيز ثم أجاز ، فإن أراد بأول قوله فسخاً تم الفسخ ، وإن أراد أنه لم يرض [بما كان][1] ثم أجاز ، فذلك جائز إن كان ذلك قريباً ، وإن أعتقه السيد قبل علمه بنكاحه جاز نكاحه ولم يكن للسيد ردّه ، وإن باعه قبل علمه بنكاحه لم يكن للمبتاع فسخه فإما رضيه أو ردّه فيفسخ البائع نكاحه ، أو يجيزه ، ولو مات السيد قبل علمه بنكاحه فلورثته من الخيار ما كان للسيد .

[في الرجل يزوج أخته البكر أو أمة أبيه بغير إذن أبيه]

ومن زوج أخته البكر بغير أمر الأب لم يجز[2] ، وإن أجازه الأب ، إلا أن يكون ابناً قد فوض إليه [أبوه][3] جميع شأنه فقام بأمره فيجوز بإجازة الأب ، وكذلك في أمة الأب ، وكذلك في الأخ والجد يقيمه[4][5] هذا المقام .

[في نكاح الصبي بغير إذن وليه ، وحكم ما أفسد أو أتلف]

[6] وإن تزوج صبي بغير إذن أبيه أو وصيه ومثله يقوى على الجماع ، فإن أجازه من يلي عليه جاز ، كبيعه وشرائه يجيزه على وجه النظر ، وإن رأى فسْخه فَسَخَه ، فإن فسخه قبل البناء أو بعده فلا صداق

(١) سقطت من ط و ز و ك .

(٢) في هـ : لم يجز نكاحه .

(٣) سقطت من ز ، وفي هـ : الأب .

(٤) في ز : يقوم .

(٥) أي يقيمه أب البنت البكر أو سيد الأمة مقام الابن المتقدم ، وذلك بأن يفوض إليه جميع شأنه .

(٦) في ك : قال ابن القاسم .

لها[1]، وكذلك رأى مالك فيمن بعث يتيماً في طلب آبق [له][2] فأخذه وباعه وأتلف الثمن ، أن لرب العبد أخذه ولا عهدة على اليتيم ولا ثمن ، بخلاف ما أفسد أو كسر .

[في المرأة توكل وليها فيزوجها ثم تنكر الزواج ، وفي دعوى الوكيل تلف صداقها]

وإذا وكلت المرأة وليها فزوجها من رجل ، فقال لها الوكيل : قد زوجتك من فلان فأقرت أنها أمرته وقالت[3] : لم تزوجني ، فلا قول لها والنكاح يلزمها إن ادعاه الزوج ، وكذلك الوكيل على بيع سلعة ، وإن وكلته المرأة على العقد وقبض الصداق فقبضه ثم ادعى تلفه ، كان كدين لها وكلته على قبضه فقبضه ثم ادعى تلفه فصدقته في الوكالة وكذبته في القبض ، فإن أقام الزوج أو الغريم بينة أنه دفع ذلك إلى الوكيل صدق الوكيل على التلف ، وإن لم يقيما بينة بالدفع ضمنا ثم لا شيء[4] لهما على الوكيل ؛ لأنهما قد صدقاه في الوكالة . وأما الوكيل على بيع سلعة يقول : قبضت الثمن وضاع مني ، فهو مصدق ؛ لأن وكيل البيع له قبض الثمن وإن لم يؤمر بذلك ، وليس للمبتاع أن يأبى ذلك عليه ، والوكيل على عقد النكاح ليس له قبض الصداق إلا بتوكيل عليه خاصة ، ولا يلزم الزوج دفع ذلك إليه فإن فعل ضمن .

---

(١) لأن وطأها ليس بوطء وإن افتضها ، ولكن لها تعويض ما شانها به ، قيل ربع دينار في الدنيئة ، وأكثر من ذلك حسب الاجتهاد في ذات القدر . انظر : التقييد (٢/١٥٩) .

(٢) سقطت من ك و ط .

(٣) في ك : ثم قالت .

(٤) في هـ : ولا شيء .

[في النكاح بغير بينة ، ونكاح الرجل عبده من أمته بغير صداق]

ومن نكح[1] بغير بينة على غير استسرار أشهد الآن[2] وجاز نكاحه ، وإن أقر الزوج والولي بالعقد ثم قالا أو أحدهما لم نُشهد ، أشهدا الآن وليس لأحدهما فسخه . ولا يزوج الرجل عبده أمته إلا ببينة وصداق ، فإن زوجه بغير بينة أشهد الآن إن لم يكن دخل بها وجاز النكاح . وإن زوجه إياها على أن لا صداق [لها][3] عليه ، فسخ النكاح قبل البناء وثبت بعده وكان لها صداق مثلها ، ولو زوجه ولم يذكر الصداق ولا شرط إسقاطه فذلك جائز كالتفويض ، ويفرض للأمة صداق مثلها .

---

(١) في ك : ومن تزوج .

(٢) أشهد الآن : أي قبل الدخول ، والشهود شرط في جواز الدخول وصحته ، فإذا حصل الدخول قبل الإشهاد فرق بين الزوجين وإن طال الزمن ، وإن وطئها ، وحُدّا إن لم يعذرا بالجهل ، ولا يلحق به الولد ؛ لأنه محض زنى ، ولا يترتب عليه شيء من آثار العقد الصحيح ؛ لأنه غير شرعي ، والمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً . هذا قول ابن القاسم ، وقال ابن حبيب : لا يحدّان إن أشهرا نكاحهما .

وأما صحة العقد فلا يشترط لها الشهود ؛ لأنه عقد على منفعة فلم تكن مقارنة الشهادة شرطاً في صحته كسائر العقود . قال ابن قدامة في المغني : وعن أحمد أنه يصح بغير شهود ، وفعله ابن عمر ، والحسن بن علي ، وابن الزبير ، وسالم وحمزة ابنا عبد الله بن عمر ، وبه قال عبد الله بن إدريس وعبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون والعنبري وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك إذا أعلنوه . انظر : الشرح الصغير : (٣٣٧/٢) ، المقدمات الممهدات (٤٧٩/١) ، التقييد (١٥٨/٢) ، المغني (٤٥١/٦) .

(٣) سقطت من ك و ط . وفي ز : على أن لا صداق عليه وشرط إسقاطه فسخ النكاح .

[في نَكاح السر]

[1] ومن عقد نكاحاً واستكتم البينة ، وذلك حين العقد[2] فالنكاح فاسد .

قال ابن شهاب : ويفرق بينهما وإن دخلا[3] ، ولها مهرها [بالمسيس ، وتقعد[4] حتى تنقضي عدتها ثم إن شاءت نكحته بعد العدة][5] ، وإن فرق بينهما قبل البناء فلا صداق لها ويعاقب الزوجان والبينة[6] .

قال ابن القاسم : وإن شهد الأب وأجنبي على توكيل ابنته الثيب إياه على إنكاحها فلاناً فأنكر لم تجز الشهادة ؛ لأن الأب شهد على فعل نفسه . وإن وجد رجل مع امرأة في بيت فشهد أبوها وأخوها أنه تزوجها لم يجز نكاحه [إياها][7] ويعاقبان[8] .

---

(١) في ك : قال ابن القاسم .

(٢) أما لو استكتم البينة بعد العقد فالنكاح صحيح ، ويؤمرون بإشهاره ، وكذلك لو استكتم البينة بسبب خوف من ظلم أو سحر أو نحو ذلك ، فالنكاح لا يفسد . انظر : الذخيرة (٤٠١/٤) ، حاشية الدسوقي (٢٣٦/٢) .

(٣) هذا إذا لم يطل ، أما إذا طال وفشا بين الناس ، فإنه لا يفسخ على المشهور ، قال ابن رشد : ويفسخ قبل الدخول وبعده إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ ، ويكون فيه الصداق المسمى . المقدمات لابن رشد (٤٨٠/١) .

(٤) في ز : وتجلس ، وفي هـ : وتعتد .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٦) هذا إذا كانوا على علم بحرمة ذلك ، أما إن جهلوا أنه ممنوع شرعاً وواجب الفسخ فلا عقوبة . انظر : المنتقى للباجي (٣١٤/٣) ، وحاشية الدسوقي (٢٣٦/٢) .

(٧) سقطت من ط و ز و ك .

(٨) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : وإن ثبت الوطء حُدّا . وهي ليست في باقي النسخ .

وإن نكح مسلم ذمية بشهادة ذميين لم يجز ، فإن كان لم يدخل بها أشهد الآن مسلمين ولزمه النكاح .

قال يحيى بن سعيد : وتجوز شهادة الأبداد[1] في النكاح والعتاق .

[فيمن نكح على خيار أو إلى أجل أو بصداق مجهول أو بعضه مؤجل]

[2] [ومن][3] نكح على أن الخيار له أو للولي أو للزوجة أو لجميعهم يوماً أو يومين لم يجز وفسخ قبل البناء ؛ إذ لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا وإن بنى بها ثبت النكاح وكان لها المسمى . وكذلك الجواب فيمن تزوج امرأة على أنه إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا[4] فلا نكاح بينهما . وقد كان مالك يقول فيهما : إن النكاح يفسخ بعد البناء ؛ لأن فساده في عقده ، ثم رجع فقال : يثبت بعد البناء[5] .

ومن نكح امرأة على أحد عبديه أيهما شاءت المرأة جاز ذلك ، وإن كان أيهما

---

(١) الأبداد : المتفرقون ، من التبديد وهو التفريق ، والمراد بالأبداد هنا ، أن يُشهِدَ هذا من لقي ويُشهِدَ هذا من لقي ، وإن لم يكونا أشهدا عند العقد . انظر : اللسان (٣٣٧/١) ، والمدونة (١٩٣/٢) هامش (٢) .

(٢) في ك : قال ابن القاسم .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ز : كذا وكذا .

(٥) وهذا هو القول المشهور في المذهب فيما إذا اختار من له الخيار إمضاء النكاح في زمن الخيار وأتى الزوج بالصداق في الأجل الذي سماه ، وأما إذا لم يختر من له الخيار حتى انقضت أيام الخيار ولم يأت الزوج بالصداق أصلاً أو أتى به بعد انتهاء الأجل ، فإن النكاح في المسألتين يفسخ قبل العقد وبعده ، وإلى هاتين المسألتين أشار خليل بقوله عاطفاً على ما يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده : « أو بخيار لأحدهما أو غيرٍ أو على إن لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح وجاء به » . انظر : منح الجليل (٣٠٢/٣) .

شاء الزوج لم يجز[1]، وكذلك البيع [إذا كان الخيار للمشتري ، وإن كان للبائع لم يجز][2].

[قال مالك :][3] ولا يجوز النكاح إلى أجل قرب أو بعد وإن سمى[4] صداقاً ، وهذه المتعة ، [وقد ثبت عن النبي ﷺ تحريمها][5][6].

ومن قال لامرأة : إذا مضى شهر فأنا أتزوجك ، فرضيت [هي][7] ووليها ، فهذا النكاح باطل لا يقام عليه . وكره[8] مالك النكاح بصداق [بعضه معجل وبعضه مؤجل إلى سنة أو أكثر ، فإن وقع أجازه ، وللزوج إذا أتى بالمعجل أن يدخل [بزوجته][9] وليس لها منعه ويتأخر بقية][10] الصداق إلى أجله ، وإن كان إلى

---

(١) لأن الزوج يعرف الجيد من الرديء . انظر : التقييد (١٦٥/٢) .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ك و ز .

(٣) سقطت من ط و ز و ك .

(٤) في ك : وإن سميا .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ك و ط .

(٦) وذلك في الحديث الصحيح الذي رواه مالك في الموطأ (٥٤٢/٢) باب نكاح المتعة ، والبخاري في النكاح (٥١١٥) ، ومسلم في كتاب النكاح (١٤٠٧) ، ولفظه كما في الموطأ عن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر ، وعن أكل لحوم الحمر الأهلية ..

(٧) سقطت من ك و ز .

(٨) الكراهة هنا على بابها ما لم يكثر الأجل جداً أو يكون إلى الفراق أو إلى الموت فيحرم كما سيأتي .

(٩) سقطت من ط و ك .

(١٠) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

أجل بعيد جاز مالم يتفاحش[1] بعد ذلك .

وإن تزوجها بصداق نصفه نقد ونصفه على ظهره ، فإن كان الذي على ظهره يحل بالبناء عندهم جاز وإن كان لا يحل إلا إلى موت أو فراق لم يجز النكاح[2] ، وفسخ[3] قبل البناء وثبت [بعده][4] ، وكان لها صداق المثل مالم ينقص عن المعجل ، ولا ينقص منه شيء .

[في الشروط في النكاح]

[5]ومن نكح امرأة على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى[6] ولا يخرجها من بلدها جاز النكاح وبطل الشرط ، وليس لما يفسد به النكاح من الشروط حد ، وإن وضعت عنه لذلك من صداقها في العقد لم ترجع به وبطل الشرط إلا أن يكون فيه عتق أو طلاق[7] ، ولو شرطت عليه هذه الشروط بعد العقد ، ووضعت عنه

---

(١) وقد حددوا التفاحش بما فوق العشرين سنة ، كأن يكون إلى ستين أو ثمانين ، فإنه حينئذ يفسخ قبل البناء كما لو كان إلى الموت أو الفراق . انظر : التقييد (٢/١٦٦) .

(٢) إنما منع مالك النكاح بصداق مؤجل إلى الفراق أو الموت ؛ لما في ذلك من الغرر الناتج عن الجهالة بموعد الموت أو الفراق ، وقد شاع هذا النوع من النكاح عند كثير من الناس في هذا العصر ، وهو كما ترى غير جائز عند المالكية . انظر : حاشية الدسوقي (٢/٢٩٧) والصاوي على الشرح الصغير (٢/٤٣٣) .

(٣) في ط : ويفسخ .

(٤) سقطت من ط .

(٥) في ك : قال مالك .

(٦) لا يتسرى : أي لا ينكح جاريته بملك اليمين .

(٧) مثاله كما سبق في كتاب الأيمان والنذور أن يشترط لها أنه إن تزوج عليها أو تسرى فأمرها بيدها أو فهي طالق منه .

لذلك بعض صداقها لزمه ذلك ، فإن أتى شيئاً من ذلك رجعت عليه بما وضعت .
وإن أعطته [مالاً][1] على أن لا يتزوج عليها فإن فعل فهي طالق ثلاثاً[2] ، فإن تزوج وقع الطلاق وبانت منه ولم ترجع عليه بشيء إذ تم لها شرطها .

وإن تزوجها على شروط تلزمه[3] ثم صالحها أو طلقها طلقة[4] فانقضت عدتها ثم تزوجها ، عاد عليه الشرط في بقية طلاق ذلك الملك ، وإن شرط في نكاحه الثاني أنه إنما ينكح على أن لا يلزمه من تلك الشروط شيء لم ينفعه ذلك[5] .

[في إلزام النكاح ، ونكاح الخصي والمجبوب]

وإن قال الخاطب للأب في البكر أو لولي مفوض إليه : زوجني فلانة بمائة ، فقال : قد فعلت ، ثم قال الخاطب : لا أرضى ، لم ينفعه ، ولزمه[6] النكاح بخلاف البيع . قال سعيد بن المسيب : ثلاث ليس فيهن لعب ، هزلهن جد ، النكاح والطلاق والعتاق[7] .

ويجوز نكاح الخصي والمجبوب وطلاقهما[8] .

---

(١) سقطت من ط .

(٢) في ز : فهي طالق بتاً .

(٣) الشروط التي تلزمه سبق ذكرها ، وهي ما علقت بعتق أو يمين .

(٤) في ز : طلقة واحدة .

(٥) لأنها أيمان لا يستطيع هو ولا هي حلها .

(٦) في هـ : ويلزمه .

(٧) رواه مالك في الموطأ ، باب جامع النكاح (٥٤٨/٢) ، وأصله مرفوع رواه أبو داود (٢١٩٤) باب الطلاق في الهزل ، والترمذي (١١٨٤) الجد والهزل في الطلاق . وابن ماجه (٢٠٣٩) باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً .

(٨) في ز و ط و ك : وطلاقه .

[فيما يجوز للعبد تزويجه وشراؤه لزوجته ، وحكم ما لزمه من صداق أو دين ونحو ذلك من الأحكام المتعلقة به]

وللعبد أن يتزوج أربعاً إن شاء حرائر أو إماء ، وحد العبد في الفرية أربعون جلدة ، وطلاقه طلقتان ، وأجله في الفقد والاعتراض والإيلاء نصف أجل الحر ، وكذلك سائر الحدود ، وهو في كل الكفارات كالحر إلا أنه لا يجزيه العتق في الكفارات إذ الولاء لغيره ، وجائز أن يتزوج العبد والمكاتب ابنة سيده عند ابن القاسم واستثقله[١] مالك . وإذا اشترى المكاتب أو المأذون له زوجته انفسخ النكاح ووطئها بملك اليمين . ومن زوج عبده فالمهر في ذمة العبد لا في رقبته إلا أن يشترطه على السيد .

قال ربيعة : إن خطب عليه السيد وسمى فالصداق على السيد[٢] ، وإن أذن له فنكح فذلك على العبد وللحرة ما سمى[٣] وللأمة أيضاً ، إلا أن يجاوز[٤] ثلث قيمتها[٥] .

---

(١) استثقله مالك ، بمعنى كرهه ، وإنما كرهه ؛ لأن الأب إذا مات فورثت البنت نصيبها من زوجها العبد أدى ذلك إلى فسخ النكاح ؛ ولأنها قد تعير بهذا الزواج ، وهو زواج ليس من مكارم الأخلاق . وقد تقدم الكلام حول اعتبار الحرية في الكفاءة ، ونصوص بعض كبار علماء المذهب في وجوب اعتبارها وأدلتهم على ذلك . انظر (ص ١٤٣) من هذا الجزء ، وانظر : التقييد (١٣٥/٢ ، ١٧٠)، منح الجليل (٣٥١/٣) .

(٢) قول ربيعة هنا يخالف المذهب ، فالمعتمد في المذهب أن السيد لا يضمن صداق العبد ولو باشر العقد له أو أجبره عليه ، إلا إذا جرى العرف بذلك أو اشترط عليه. انظر : منح الجليل (٣١٥/٣).

(٣) في ز : ما سمى لها . وفي ط : ما سماه .

(٤) في ك : يتجاوز .

(٥) تحديد مهر الأمة بثلث قيمتها هو قول ربيعة ، وهو مخالف لقول مالك ، فإنه لا يرى حداً لأكثر مهر الأمة كالحرة ؛ لأنه لو حدّ مهر الأمة بثلث قيمتها للزم تحديد مهر الحرة بثلث ديتها وهو باطل . انظر : التقييد (١٧١/٢) .

وإذا تزوج عبد أو مكاتب بغير إذن سيده ونقد المهر وبنى بها ، فللسيد فسخه[1] ويترك للزوجة[2] ربع دينار ، وترد ما بقي ، فإن أعدمت توبعت به فإن عتق العبد أو أدى المكاتب أو عتق[3] اتبعته الزوجة[4] بما أدت إن غرها ، وإن بين لها فلا شيء لها ، وإن أبطله السيد عنه أو السلطان قبل العتق لم يلزمه شيء إن أُعتق وكذلك ما تداينه بغير إذن سيده ، وإن لم يعلم [السيد][5] بنكاحه إلا بعد العتق فلا كلام له والنكاح ثابت ، وكذلك ما أعتق أو تصدق ، وكل ما لزم ذمة العبد فلا يأخذه الغرماء من خراجه [ولا من][6] عمل يده ولا مما فضل بيده من ذلك وإنما يأخذون [ذلك][7] مما أفاده العبد بهبة أو صدقة أو وصية ، فإن عتق العبد يوماً [ما][8] أتبع بذلك ، وكل دين لحق المأذون له في التجارة كان دينه فيما في يديه وفيما كسبه من التجارة دون خراجه وعمل يده ، ويضرب فيه السيد بدينه .

[في شراء المرأة زوجها]

وإذا اشترت المرأة زوجها بعد البناء انفسخ[9] النكاح واتبعته بمهرها

(١) في هـ : فسخه عليه .

(٢) في ط : ويترك لها ربع دينار .

(٣) في هـ و ز و ك : فعتق .

(٤) في ز : اتبعته المرأة .

(٥) سقطت من ك .

(٦) سقطت من ط و ز و هـ .

(٧) سقطت من ز .

(٨) سقطت من ك .

(٩) في ك : فسد . وفي ط و ز : فسخ .

كمن داين عبداً ثم اشتراه فإنه يتبعه بدينه ، وإن اشترته قبل البناء فلا مهر لها .

قال سحنون : إلا أن يرى أنها وسيده اغتزيا[1] فسخ نكاحه ، فلا يجوز [ذلك][2] وتبقى زوجة [له][3] ، إذ الطلاق بيد العبد فلا تخرج من عصمته بالضرر .

[في زواج الرجل مكاتبته والمرأة مكاتبها وحكم نظره لشعرها]

ولا يتزوج الرجل مكاتبته ولا أمته ، ولا المرأة مكاتبها وهو عبد ما دام في حال الأداء . ولا بأس أن يرى شعرها إن كان وغداً[4] وإلا فلا ، وكذلك عبدها . وإذا كان لها فيه شريك فلا يرى شعرها وغداً كان أو غيره .

[فيما يجوز للحر أن يتزوج من الإماء وما لا يجوز له]

وللحر أن يتزوج من الإماء ما بينه وبين أربع إن خشي العنت ، وكذلك[5] للعبد ، وإن لم يخش العنت ، ولا يتزوج الرجل أمة ولده ، وإن كان الأب عبداً وكأنها أمته إذ لو زنا بها لم يحد ، وجائز أن يتزوج

---

(١) اغتزيا أي : قصدا . انظر : التقييد (٢/١٧٣) .

(٢) سقطت من ز .

(٣) سقطت من هـ و ط .

(٤) الوغد : هو العبد الدميم الضعيف الذي لا منظر له . انظر : المصباح (٦٦٦) ، التقييد (٢/١٧٣) . وتفريق مالك بين العبد الذي لا منظر له « الوغد » وبين العبد الجميل المنظر هو من باب الاستحسان ، وإلا فإن الجميع تشمله الآية :﴿ ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن . . . ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ أو ما ملكت أيمانهن ﴾ . سورة النور ، الآية (٣١) .

(٥) في هـ و ز : وذلك .

أمة[1] والده أو أمة أخيه أو أمة زوجته إذ لو زنا بها حد ، وذكر الولد يتزوج أمة والده ثم يبتاعها منه في كتاب أمهات الأولاد[2] ، ولا أحب[3] للرجل أن يطأ أمة عبده ولا يزوجها إياه حتى ينتزعها قبل ذلك ، فإن وطئها هو أو زوجها من عبده قبل أن ينتزعها مضى ذلك وكان انتزاعاً .

[في نكاح الأمة على الحرة ، والحرة على الأمة]

ولا ينكح حر أمة على حرة ، فإن فعل جاز وخيرت الحرة في أن تقيم معه أو تختار نفسها[4] ، ولا تقضي إلا بواحدة وتكون بائنة ، بخلاف خيار[5] المعتقة[6] فإن رضيت بالمقام سوى[7] بينهما في القسم ، ورأى[8] ابن المسيب : أن[9] للحرة الثلثين[10][11] .

---

(١) في ز : وجائز أن يتزوج الرجل أمة والده ، أو أمة أمه ثم يبتاعها منه ، أو أمة أخيه .

(٢) سيأتي كتاب أمهات الأولاد في آخر هذا الجزء .

(٣) لا أحب هنا على الكراهة . انظر : التقييد (١٧٤/٢) .

(٤) وقال ابن حبيب : لها الخيار في أن تفسخ نكاح الأمة أو تبقيه ؛ لأن هذا الخيار هو الذي يزيل عنها الضرر ، أما الخيار في فسخ نكاحها هي ، فإن فيه زيادة ضرر عليها لا إزالة ضرر . انظر : المعونة (٧٩٨/٢) .

(٥) في ز : بخلاف الأمة .

(٦) لأن المعتقة لها أن تختار الطلاق كله كما تقدم في حديث بريرة .

(٧) في هـ : ساوى .

(٨) في ز : قال .

(٩) في ك : إن للحرة .

(١٠) في ز : الثلثان . وفي ط و هـ : للحرة الثلثين .

(١١) وهي رواية عن مالك ، قال عبد الملك بن الماجشون : وهي التي رجع إليها مالك ، ونقل الزرويلي عن ابن الجهم أنها قول أكثر أهل العلم ، قال : ولا أعلم أحداً قال بقول ابن القاسم أنهما في القسم سواء . انظر : التقييد (١٧٤/٢) .

قال ابن القاسم : وكذلك لها الخيار إن تزوج عليها أمة أخرى .

ولا بأس بنكاح حرة على أمة ، وللحرة الخيار إن لم تكن علمت وإن كانتا أمتين فعلمت بواحدة فلها الخيار بعد علمها بالأخرى فإن رضيت فلها ثلث القسم.

قال مالك : وإنما جعلنا لها الخيار لما قالت العلماء[١] ولولا ذلك لأجزته ؛ لأنه حلال في كتاب الله[٢] ، وروى ابن القاسم وابن وهب وعلي عن مالك أنه لا ينبغي للحر أن يتزوج أمة وهو يجد طولاً لحرة ، ولا في عدم الطول إلا أن يخشى العنت .

وقال غيره[٣]: لا يتزوجها على حرة ولا على أمة [ولا على أم ولد][٤]، وليس عنده شيء إلا في عدم الطول وخوف العنت .

قال مالك : والطول المال وليست[٥] الحرة تحته بطول تمنعه نكاح أمة إذا خشي العنت . قيل : فإن لم يخش العنت وتزوج أمة ؟، قال : كان مالك مرة يقول :

---

(١) يريد سعيد بن المسيب وغيره . انظر : المدونة (٢/٢٠٤) .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿ ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ﴾ سورة النساء ، الآية (٢٥) . قال مالك : والطول : المال وليس الحرة . انظر : المدونة (٢/٢٠٥) .

(٣) أي غير ابن القاسم عن مالك ، والمراد به ابن نافع ، فقد قال ذلك عن مالك . انظر : المدونة (٢/٢٠٥)، وهو ـ كما ترى ـ موافق لرواية ابن القاسم وابن وهب وعلي المتقدمة ، وهذه هي الرواية المعتمدة في المذهب ، فلا بد لجواز زواج الحر للأمة من شرطين : الخوف من العنت ، وعدم وجود الطول لنكاح الحرة . انظر : منح الجليل (٣/٣٥٢ ـ ٣٥٣).

(٤) سقطت من هـ و ط .

(٥) في هـ و ط و ز : وليس .

ليس له أن يتزوجها إذا لم يخش العنت ، وكان يقول : إن كانت تحته حرة فلا يتزوج أمة ، فإن فعل وتزوجها على حرة فرق بينه وبين الأمة ، ثم رجع فقال : تخيّر الحرة[(١)].

وإذا نكح عبد حرة على أمة ، أو أمة على حرة فلا خيار للحرة ؛ إذ الأمة من نسائه ، ويقسم العبد بين الحرة والأمة بالسوية ، وللمكاتب والعبد التسري في ماله بغير إذن السيد[(٢)]، ولا يتزوج مكاتب ولا مكاتبة بغير إذن السيد لرجاء فضل أو غيره ؛ لأن ذلك يعيبهما إذا عجزا ، فإن فعلا[(٣)] فللسيد فسخه .

[حكم نكاح الأمة تغر الرجل فتقول إنها حرة ، وفي حكم ولدها وديته وحكم استحقاقهما]

ومن تزوج امرأة أخبرته أنها حرة ثم علم قبل البناء[(٤)] أنها أمة أذن لها السيد أن تستخلف رجلاً على إنكاحها[(٥)]، فللزوج الفراق ولا صداق لها ، وإن كان [قد][(٦)] بنى بها فلها المسمى ، إلا أن يزيد على صداق المثل فلترد ما زاد ، [فإن

---

(١) وما رجع إليه مالك من تخيير الحرة هو المعتمد المشهور في المذهب ، وإليه أشار خليل بقوله : « وخيرت الحرة مع الحر في نفسها بطلقة بائنة كتزويج أمة عليها » . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٢٦٣)، منح الجليل (٣/٣٥٤) .

(٢) في هـ : بغير إذن سيده .

(٣) في ط : فإن عجزا . وفي ز : فإن فعلاه فلسيده .

(٤) في ط : قبل البناء بها .

(٥) في ك : نكاحها .

(٦) سقطت من ك .

شاء رد][1] وإن شاء أمسك ولها المسمى ، وللسيد في الوجهين على الأب قيمة الولد يوم الحكم ، ولا شيء على الأب فيمن مات منهم قبل ذلك ، ومن قتل من ولدها فأخذ الأب[2] فيه دية حر ، ثم استُحِقَّت[3] الأم فعليه[4] الأقل من قيمته يوم القتل عبداً ، أو ما أخذ في ديته ، وإن استُحقت وفي بطنها جنين فعلى الأب قيمته من يوم الوضع[5] وهو حر ، ولو ضرب رجل بطنها قبل الاستحقاق أو بعده فألقت جنيناً ميتاً فللأب عليه غرة عبد أو وليدة ؛ لأنه حر ، ثم للمستحق على الأب الأقل من ذلك أو من عشر قيمة أمه يوم ضربت ، وولدها لاحق[6] النسب ، له حكم الحر في النفس والجراح وفي الغرة قبل الاستحقاق وبعده ، وإن استحقت الأمة بعد موت زوجها ولم يدع مالاً أو كان زوجها حياً وهو عديم وله منها ولد موسر ، فللمستحق على الولد قيمته ، وإن كان عديماً فذلك عليه إن أيسر ، وقد قيل : لا شيء على الولد ، وهذا في كتاب الاستحقاق مستوعب[7] ، ولو استحق الأمة عم الولد[8] أخذ قيمتهم ، إذ لا يعتق عليه ابن أخيه ، ولو كان جدهم

---

(١) سقطت من هـ و ط و ز .

(٢) في ط : ومن قتل من ولدها فلسيد الأب فيه دية حر .

(٣) في ط : ثم استحقته .

(٤) في ز : فعلى الأب .

(٥) في ز : فعلى الأب الأقل من قيمته يوم القتل .

(٦) في ز : وولدها حر لاحق .

(٧) سيأتي كتاب الاستحقاق في الجزء الثالث .

(٨) في ز : عم الرجل .

لم يأخذ قيمتهم ولا شيء له من ولائهم ؛ لأنهم أحرار وإنما أخذت القيمة فيهم بالسنة[١].

ولو غرت أمةُ الأب وَلَدَه فتزوجها فولدت منه ثم استحقها الأب ، فلا شيء له من قيمة ولدها إذ لو ملكهم عتقوا عليه ، وكذلك إن غرت أمة الولد والده [فتزوجها فولدت منه][٢] .

[في أم الولد والمدبرة والمكاتبة يَغْرُرْن من أنفسهن]

ولو كانت الغارّة أم ولد فلمستحقها قيمة الولد على أبيهم على رجاء العتق لهم بموت سيد أمهم ، وخوف أن يموتوا قبله في الرق . وليس قيمتهم على أنهم عبيد ؛ لأنهم يعتقون بموت[٣] سيد أمهم ، ولو مات سيد [أمهم][٤] قبل القضاء بقيمتهم لم يكن لورثته من قيمة الولد شيء ؛ لأنهم بموت السيد عتقوا ، وإن ألفاهم[٥] السيد قُتلوا فللأب دية أحرار وعليه الأقل مما أخذ أو من قيمتهم[٦] يوم قتلوا .

وإن غرت مدبرة ففي ولدها القيمة على الرجاء أن يعتقوا [أو يرقوا][٧] بخلاف [ولد][٨] أم الولد . وإن كانت مكاتبة [غرت من نفسها فولدت فلا شيء لمولاها

---

(١) قال الزرويلي بالسنة : أي بالعوض والقيمة عوض . انظر : التقييد (١٧٨/٢) .

(٢) سقطت من ط و ز .

(٣) في ز و هـ : إلى موت .

(٤) سقطت من ط .

(٥) في هـ : وإن ألفا السيد .

(٦) في ك و ط : أو قيمتهم . وفي ز : مما أخذ من قيمتهم .

(٧) سقطت من ز .

(٨) سقطت من ك .

على أبي الولد ؛ لأنهم إن أعتقت أمهم عتقوا بعتقها ؛ لأنهم في كتابتها إلا أن تعجز فترجع رقيقاً ، فتلزم الأب قيمة الولد ، ولكن تؤخذ من الأب قيمتهم فتوضع تلك القيمة على يدي رجل][1] ، فإن عجزت أخذها السيد ، وإن أدت رجعت القيمة إلى الأب ، وإن غرت الأمة عبداً [أخبرته][2] أنها حرة فتزوجها ، فولدها رق لربها[3] ، إذ لابد من رقه مع أحد الأبوين ، ولا يغرم العبد قيمتهم .

[في الأجنبي يغر من امرأة ، والعبد يغر من نفسه]

ومن قال لرجل : فلانة حرة ، ثم زوجها إياه غيره فلا رجوع للزوج على المخبر ، علم أنها أمة أم لا ، وكذلك إن ولي المخبر العقد ولم يعلم أنها أمة ، فإن [كان][4] وليها عالماً رجع الزوج عليه بما أدى من الصداق ، ولا يرجع عليه بما يغرم من قيمة الولد إذ لم يغره من ولد . ولو أنه إذ غره عالماً وولّي العقد أعلمه أنه غير ولي لها لم يرجع عليه الزوج بشيء .

ولو غر عبد حرة فتزوجته على أنه حر ، فإن أجاز السيد نكاحه فلها الخيار ما لم تدعه يطؤها بعد علمها به ، فإن كرهته فرق السلطان بينهما ، إلا أن يتطوع الزوج بالفراق دونه فليزم .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط و ز ، ووردت في ط هكذا : وإن كانت مكاتبة فقيمة الولد موقوفة . وفي ز : ولو غرت مكاتبة من نفسها فقيمة الولد موقوفة .

(٢) سقطت من ز و ك و ط .

(٣) في ط : لسيدها .

(٤) سقطت من ط و ز و ك .

[في العيوب التي يرد بها النكاح ، وحكم الرد بها]

[قال مالك :][1] وترد النساء من العيوب الأربعة ، الجنون والجذام والبرص[2] وعيب[3] الفرج[4] ، ولا صداق لها إن لم يبن بها ، وإن بنى بها فلها الصداق ، ويرجع به الزوج على وليها إن كان الذي أنكحها أب أو أخ أو من يرى أنه يعلم ذلك منها ، ثم لا يرجع به الأب عليها ، وإن كان الذي أنكحها ابن عم أو مولى أو السلطان أو من لا يظن به علم ذلك فلا شيء عليه ، وترد المرأة ما أخذت[5] إلا ربع دينار[6]. قال ربيعة : فإن وطئها بعد العلم بدائها فقد وجبت له .

قال ابن المسيب : وإن كان بالزوج جنون أو ضرر فالمرأة مخيرة[7] بين أن تقيم

---

(١) سقطت من ز و ط .

(٢) هذه العيوب الثلاثة ، الجنون والجذام والبرص بالإضافة إلى عيب رابع وهو العذيطة ، توجب خيار الرد لكل من الزوجين ، وليست خاصة بالنساء . انظر : الفواكه الدواني (٢/٤٠)، عليش (٣/٣٧٩) ، حاشية الدسوقي (٢/٢٧٨ - ٢٧٩) .

(٣) في ط : وداء .

(٤) عيب الفرج : المراد به الرتق ، وهو انسداد مسلك الذكر من الفرج ، والعفل : وهو لحم يبرز من قُبل المرأة ، والقرن : وهو شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة ، والإفضاء : وهو اختلاط مسلك الذكر مع مسلك البول أو الغائط . والبخر : وهو نتن الفرج الشديد . انظر : الفواكه الدواني (٢/٤٠) ، حاشية الدسوقي (٢/٢٧٨) .

(٥) في هـ : كل ما أخذت .

(٦) وهو أقل الصداق لئلا يخلو الاستمتاع عن عوض .

(٧) انظر : المدونة (٢/٢١٥) .

أو تفارق . قال مالك : وأرى الضرر الذي أراد ابن المسيب هذه الأشياء التي ترد بها المـرأة[1] .

ولا ترد إذا وجدت عمياء أو عـوراء[2] أو مقعـدة أو قطعـاء أو شـلاء أو سـوداء أو قد ولدت من زنا ، ولا من شيء سوى العيوب الأربعة ، إلا أن يشـترط السـلامة مما ذكرنا ثم يجد ذلك بها فلا صداق لها إن لم يـبن بهـا ، فـإن بـنى بهـا فلـها المـهر ، ويرجع به على الولي الذي شرط له ذلك ، ومـا عـرف أهـل المعرفـة أنـه مـن عيـوب الفرج ردت به ، وإن جامع معه ، وقد تجامع المجنونة .

ومن تـزوج امـرأة فـإذا هـي لِغيّـة[3][4] ، فـإن زوجـوه علـى نسـب فلـه ردهـا وإلا لزمته ، فإن ردهـا فـلا صـداق عليـه إن لم يكـن بـنى بهـا ، وإن بـنى بهـا فعليـه صداقها ، ويرجع به على من غره ، وإن كانت هي الغارة ترك لها ربع دينـار وردت ما بقي .

وإن انتسب لها فألفته لِغيّة خيرت بـين أن تقبلـه أو تـرده . ومـن غـر مـن وليتـه فزوجها في عدة ودخلت ، فسخ النكاح ، وضمن الولي الصداق كله ، ولـو كـانت هي الغارة ترك لها ربع دينار ، وردت الباقي .

---

(١) يريد العيوب الأربعة التي تقدم ذكرها ، إشارة منه إلى أنها مشتركة يرد بها الرجال والنساء معاً .

(٢) في هـ : عمياء أو عرجاء .

(٣) في ز و ط : بغية .

(٤) لِغَيَّـة بكسر اللام الجارّة وفتح الغين المعجمة وشد المثناة أي لغير نكاح ، وحكى بعض اللغويـين كسر الغين أيضاً ، وضدها لِرَشدة أي لنكاح صحيح ، واللام في لغية لام جر ، ليـس مـن نفـس الكلمة ، وفي القاموس ولد غية ، ويكسر : زنية . قـال الزرويلـي : لغيـة أي ابنـة زنـا . انظـر : التقييد (٢/١٨٥)، منح الجليل (٣/٤٠٨) .

[قال مالك :][1] وإن كان الرجل مجبوباً أو خصياً فلم تعلم المرأة فلها أن تقيم أو تفارق بواحدة بائنة لا بأكثر منها ، ويتوارثان قبل أن تختار فراقه ، فإن فارقته بعد أن دخل بها فعليها العدة إن كان يطؤها[2] ، وإن كان لا يطؤها [فلا عدة عليها][3].

قيل [لابن القاسم][4] فإن كان مجبوب [الذكر][5] قائم الخصا ، قال : إن كان يولد لمثله فعليها العدة ويسأل عن ذلك ، [فإن كان][6] يحمل لمثله لزمه الولد وإلا لم يلزمه ولا يلحق به ، وإن علمت به حين[7] تزوجته أنه مجبوب أو خصي ، أو عنين لا يأتي النساء أصلاً[8] ، أو أخبرها [بذلك][9] ، فلا كلام لها ، وإن لم تعلم بذلك في العقد ثم علمت به [بعد العقد][10] وتركته وأمكنته من نفسها ، فلا كلام

---

(١) سقطت من ط و ز .

(٢) هذا فيمن يتأتى منه الوطء ، كأن يكون مقطوع الخصيتين مع بقاء الذكر ، فإنه يمكن أن يطأ إلا أنه لا ينزل ، أما إذا كان الخصي أو المجبوب مقطوع الذكر فإنه لا يتأتى منه الوطء أصلاً . انظر : المعونة (٢/٧٧٦) .

(٣) سقطت من ز .

(٤) سقطت من ط و ز .

(٥) سقطت من ز .

(٦) سقطت من ط .

(٧) أي عند الزواج ورضيت به كذلك ، ولم يمنعها ذلك من زواجه .

(٨) في هـ و ك : رأساً . وسقطت من ز .

(٩) سقطت من ز .

(١٠) سقطت من ز و ط و ك .

لامرأة الخصي والمجبوب ، وأما العنين فلها أن ترافعه ، ويؤجل سنة[1] ؛ لأنها تقول : تركته لرجاء علاج أو غيره ، إلا أن تتزوجه وهي تعلم ما به - كما وصفنا - فلا كلام لها بعد ذلك .

* * *

* *

*

---

(١) في ك : ويؤجل لها سنة .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد ، وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب النكاح الثاني ﴾

[في الصداق يقارنه بيع أو يدخل فيه غرر أو مجهول]

[قال ابن القاسم :](١) ولا يجوز نكاح وبيع في صفقة [واحدة](٢)، مثل : أن يتزوجها بعبد على أن أعطته داراً أو مالاً ، أو بمال على أن تعطيه عبداً بثمن مسمى ، ويفسخ ذلك قبل البناء ، ويثبت بعده(٣) ولها صداق المثل .

وقال غيره(٤): إن بقي مما يعطي الزوج ربع دينار فصاعداً جاز النكاح .

---

(١) سقطت من هـ و ق و ز .

(٢) سقطت من ك و ز و ق .

(٣) فسخ النكاح قبل البناء المنبني على فساده ، وإثباته بعد البناء المنبني على تصحيحه من مفردات المالكية التي بنوها على مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل ، وذلك أنه إذا كان الفعل عندهم باطلاً وعند غيرهم صحيح ، ثم وقع الفعل من المكلف ، فإنهم يصححونه على مقتضى قول غيرهم بعد الوقوع ، وإن كان غير صحيح عندهم قبل الوقوع ، وذلك لما يقترن بالفعل من أمور ، ويترتب عليه من آثار تجعل عدم اعتباره فيه ضرر أكبر ، لا سيما أن هذا الفعل واقع على مقتضى دليل له في الشرع اعتبار ، وهو دليل المخالف ، وهذا جار على القول بأن كل مجتهد مصيب ، كما أنه جار على القول بأن المصيب واحد غير معروف بعينه ، لاحتمال أن يكون المصيب هو المجتهد المخالف . انظر لهذه المسألة : المعيار (٣٨٨/٦) ، الموافقات (٥١٦/٤) ، وبحثاً للمحقق (رسالة دكتوراه) بعنوان « مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ».

(٤) الغير هنا يريد به عبد الملك ابن الماجشون ، وقوله ـ كما ترى ـ مخالف لقول ابن القاسم الذي هو قول مالك أيضاً . انظر : التقييد (١٨٧/٢) .

[في الصداق يدخله الغرر أو الجهالة أو يكونَ على شيء محرم]

ومن نكح على عبد آبق[1] ، أو بعير شارد ، أو جنين في بطن أمه ، أو بما في بطن أمته ، أو بما تلد غنمه ، أو بثمرة أو زرع لم يبد صلاحهما ، أو على دار فلان ، أو على أن يشتريها لها ، فسخ النكاح في ذلك كله قبل البناء ، ويثبت بعده ولها صداق المثل وترد ما قبضت من آبق أو شارد وغيره . وما هلك بيدها ضمنته ، ولا تضمنه قبل قبضه ، وتكون مصيبته من الزوج ، وما قبضته ثم تغير في يديها في بدن أو سوق فقد فات ، وترد قيمة ما يقوم يوم قبضته ، وترد مثل ماله مثل إن زالت عينه أو تغيرت ، وكذلك في فسخ ما عقد على خمر أو خنزير ، أو إجازته[2] في كل ما فساده في صداقه ، وكذلك إن تزوجها على دار أو أرض أو غنم ، كل ذلك غائب ، فإن وصفه جاز ، وإن لم يصفه فسخ النكاح قبل البناء ، وثبت بعده ولها صداق المثل .

وإن تزوجها أو ابتاع سلعة بدراهم بعينها غائبة لم يجز ، إلا أن يشترط [أن][3] عليه بدلها إن تلفت ، ولو حضرت الدراهم ونقدها إياها جاز[4] كالبيع ، فإن استحقت كان عليه بدلها ويتم النكاح والبيع .

---

(١) في ك : قال مالك : فإن تزوجها على عبد آبق .

(٢) إجازته : أي أجازته بعد البناء ، وتقدير الكلام ، وكذلك الحكم : الفسخ قبل البناء والإجازة بعده فيما عقد على خمر أو خنزير أو كان فساده في صداقه .

(٣) سقطت من ق .

(٤) في ك : جاز النكاح كالبيع .

[فيما يغتفر من الجهالة في الصداق]

ومن نكح على بيت أوخادم ولم يصف ذلك جاز ، و [كان][1] لها خادم وسط ، والبيت[2] ، فإن كانت من الأعراب فلهم بيوت [قد عرفوها][3][4] ، فإن نكح[5] على بيت من بيوت الحضر أو على شوار[6] بيت ، جاز [ذلك][7] إن كان معروفاً ، وشورة الحضر لا تشبه شورة البادية . وإن نكح على مائة بعير أو شاة أو بقرة ولم يصف ، جاز وعليه الوسط من الأسنان[8] ، وكذلك على عبد بغير عينه ولم يصفه ولا ضرب له أجلاً ، جاز ذلك وكان لها عبد وسط حال ، وليس للزوج دفع قيمته إلا أن ترضى المرأة ، وكذلك على عرض موصوف ليس بعينه ، أو بمائة دينار ولم يضرب لذلك أجلاً فالنكاح جائز ، ويكون ذلك كله نقداً ، وكذلك الخلع .

[في الصداق يوجد به عيب]

ومن نكح على قلال[9] خل بأعيانها فوجدتها خمراً ، فهي كمن تزوجت على

(١) سقطت من هـ و ك .

(٢) في ك : زيادة بعد قوله والبيت ، وهي : (الناس مختلفون فيه) .

(٣) سقطت من ز .

(٤) وإن لم تكن من العرب الذين تعرف بيوتهم فيلزم الوسط ، كما في الخادم . وانظر : التقييد (٢/١٩١) .

(٥) في ك : وإن نكحها .

(٦) الشوار : بالتثليث متاع البيت . انظر : المصباح (٣٢٦) .

(٧) سقطت من ك و ق .

(٨) في ز : وله الوسط من الأشياء .

(٩) القلال : جمع قلة ، وقدر القلة قربتان ، وقيل : عشرون دلواً . انظر : اللسان (١١/٢٨٨).

مهر فأصابت به عيباً ، فلها رده وترجع بمثله إن كان يوجد مثله ، أو بقيمته إن كان لا يوجد مثله .

[في أخذ الرهن بالصداق وإسراره وإعلانه]

وإذا أخذت المرأة رهناً بصداق مسمى أو بصداق مثلها فهلك بيدها ضمنت ما غابت عليه ولم تضمن ما لا يغاب عليه[١] ، وإن أصدقها شقصاً[٢] ففيه الشفعة بقيمته ، وإن أظهرا مهراً وأسرا دونه أخذ بما أسرا إن[٣] شهد به عدول[٤] .

[في الشرط في الصداق]

ومن نكح امرأة بألف درهم على أنه إن كانت له امرأة أخرى فصداقها ألفان لم يجز كالبعير الشارد ، وإن نكحها بألفين فوضعت عنه في عقد النكاح ألفاً على أنه لا يخرجها من بلدها ، أو نكحها بألف على أنه إن أخرجها من بلدها فمهرها ألفان ، فله أن يخرجها وليس لها إلا الألف ، وهو كالقائل لزوجته : إن أخرجتك من [هذه][٥] الدار فلك ألف ، فله أن يخرجها بغير شيء ، حتى

---

(١) الذي لا يغاب عليه من الرهن : العقار والحيوان ونحو ذلك مما لا يمكن إخفاؤه ، والذي يغاب عليه هو سائر الأشياء الأخرى مما يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي . انظر : القوانين الفقهية (٣١٩)، مواهب الجليل (٥/٢٦)، حاشية الدسوقي (٣/٢٥٤) .

(٢) الشقص : نصيب معلوم غير مغرور ، وقد يكون في أرض أو عبد أو غير ذلك من الأموال . انظر : اللسان (٧/١٦٣) .

(٣) في ق : إن كان شهد .

(٤) أي إن شهد عدول أن الذي أعلن ليس هو الصداق الحقيقي ، وإنما الصداق الحقيقي ذلك الذي أسر وأشهدهم عليه . انظر : التقييد (٢/١٩٢) .

(٥) سقطت من ق و ك و ط و ز ، والمثبت من هـ .

لو انعقد عليه[(١)] النكاح بألف ثم حطته[(٢)] بعد ذلك نصفها على أن لا يخرج بها أو لا يتزوج عليها أو نحوه ففعل ذلك ، فلها الرجوع بما جعلت له[(٣)] إن فعل شيئاً ، وله أن يفعله .

قال علي بن زياد : إن حطته [امرأة][(٤)] في العقد من صداق مثلها لما شرطت عليه، لزمه ما حطت إن فعل من ذلك شيئاً ، وإن كانت الحطيطة مما ناف[(٥)] على صداق المثل ، لم يلزمه [ما حطت إن فعل من ذلك شيئاً][(٦)]، ورواه ابن نافع عن مالك[(٧)].

[في النكاح على عبد أو أمة معيبين]

وإن نكحت على عبد بعينه فألفته معيباً [فردته][(٨)] أو استحق [رجعت][(٩)] على الزوج بقيمته[(١٠)]، فإن فات المعيب عندها رجعت [على

(١) في هـ : ولو انعقد النكاح . وفي ق : حتى لو انعقد النكاح .

(٢) في ز : حطت عنه .

(٣) في ك : بما وضعت عنه .

(٤) سقطت من هـ و ز و ك .

(٥) في ز : مما زاد .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ك و ز .

(٧) والمعتمد في المذهب رواية ابن القاسم أن لها الرجوع بما حطت عنه لأجل الشرط إن خالفه ، ولو كان الصداق الذي وقع عليه العقد أكثر من صداق المثل . انظر : منح الجليل (٣/٤٤٦ - ٤٤٧) .

(٨) سقطت من ق و ز و ك .

(٩) سقطت من ك .

(١٠) في ز : رجعت على الزوج بقيمة عيبه يوم النكاح ، بخلاف البيع . وفي ك : بقيمته بخلاف البيع .

الزوج][1] بقيمة عيبه ، وإن حدث به عندها عيب مفسد فلها رده وما نقصه [وأخذ قيمته ، أو حبسه][2] وأخذ قيمة العيب القديم ، وكذلك الزوج في الخلع .
وإن نكحت على أمة فألفتها ذات زوج ، فذلك عيب ولها ردها وأخذ قيمتها .

[في الرجل يضمن صداق ابنته أو ثمن مبيعٍ لأجنبي ، ونحو ذلك]

ومن زوج ابنته وضمن لها الصداق في عقد النكاح أخذته به ولا يرجع به الأب على الزوج ، فإن مات الأب أخذته البنت من رأس ماله ، فإن لم يترك شيئاً فلا شيء لها على الزوج ، إلا أن يكون لم يدخل بها فلا سبيل له إليها إلا بدفع الصداق .
وكذلك ذو القدر يزوج رجلاً ويضمن صداقه فلا يتبعه بشيء منه ؛ لأنه بمعنى الحِمْل وليست هذه الوجوه كحمالة الديون . وكذلك من قال لرجل : بع من فلان فرسك والثمن لك علي ، فباعه ، ثم هلك الضامن كان ذلك في ماله ، فإن[3] لم يدع شيئاً فلا شيء على المبتاع . وكذلك من وهب لرجل مالاً فلم يدفعه إليه حتى قال لرجل : بعه فرسك بالذي وهبت له وأنا ضامن له حتى أدفعه إليك ، فقبض الرجل الفرس وأشهد على الواهب بالثمن[4] فإن هذا يثبت للبائع على الواهب ، فإن لم يقبض البائع الثمن حتى مات الواهب ولم يدع مالاً فلا يرجع البائع على الموهوب له بشيء من ثمن الفرس .

---

(١) سقطت من ق و ك . وفي ز : رجعت عليه بقيمة عبده .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في هـ : وإن .

(٤) في ك : بالذهب .

[في حكم صداق الابن الصغير الذي يزوجه أبوه وضمانه صداق ابنه البالغ]

ومن زوج ابنه الصغير ولا مال للابن فالصداق على الأب ، فإن مات الأب أخذته المرأة من ماله ، ولا يحاسب به الابن ، ويدفع إليه ميراثه كاملاً مما بقي ، وإن كان على الأب دين فقام عليه الغرماء كان للمرأة أن تحاصهم بصداقها ، وإن ضمن الأب صداق ابنه البالغ ودفعه عنه ثم طلق الابن قبل البناء رجع نصف الصداق إلى الأب ، ولو لم يدفعه الأب رجعت عليه المرأة بنصف صداقها ، ولا يرجع الأب على الابن بشيء مما أدى عنه ؛ لأن هذه الوجوه ليست كحمالة الديون .

قال ربيعة : ومن زوج ابنه الصغير والابن مليء فعليه الصداق[١]، وإن لم يكن ملياً فعلى الأب .

قال أبو الزناد : أو يجعله على الابن[٢] فيلزمه[٣] .

قال يحيى بن سعيد : من زوج ابنه صغيراً أو كبيراً ، وليس له مال[٤] فالصداق على الأب عاش أو مات ، وإن كان لواحد[٥] منهما مال فذلك عليه إلا أن يشترطه[٦] الأب على نفسه .

---

(١) قول ربيعة هنا موافق لمفهوم قول ابن القاسم المتقدم : ومن زوج ابنه الصغير ولا مال للابن . .

(٢) في ك : أو يجعله الأب على الابن . وفي ق : ويجعله .

(٣) قول أبي الزناد هنا يحتمل أن يكون موافقاً لقول ابن القاسم : إذا كان الابن ملياً . . . ، ويحتمل أن يكون مخالفاً له إذا كان الابن عديماً .

(٤) في ز : ولا مال له .

(٥) في ق : وإن كان لكل واحد .

(٦) في ز : إلا أن يكتب الأب على نفسه .

قال ابن وهب عن مالك[1]: وإذا كان الولد صغيراً ولا مال له فزوجه الأب بصداق عاجل، أو بعضه مؤجل فالصداق على الأب، ولا يلزم الابن منه شيء لا معجله ولا مؤجله[2] وإن أيسر، ولا [3] يرجع به عليه الأب.

قال مالك: ومن زوج ابنه الصغير في مرضه[4] وضمن [عنه][5] صداقه، لم يجز الضمان وجاز النكاح، فإن شاء الابن البناء وهو كبير أدى الصداق، وإلا لم يلزمه وفارق، فإن كان صغيراً نظر له وليه أو وصيه في دفع الصداق وثبات النكاح أو فسخه، وإن طلبت ذلك الزوجة في مرض الأب لم يكن لها شيء في[6] مال الأب.

وقال[7] مالك فيما يضمن الأب عن ابنه في مرضه[8]: لا يعجبني[9] هذا النكاح[10].

---

(١) رواية ابن وهب عن مالك هنا - كما ترى - موافقة لرواية ابن القاسم المتقدمة، إلا أنه هناك لم يفصّل في كون الصداق مفرق إلى مؤجل ومعجل ولم يفرع على يسر الولد بعد ذلك، وهنا فصّل وبيّن أن الحكم في ذلك واحد لا يختلف.

(٢) في هـ : ولا مؤخره.

(٣) في ز و ق : لم.

(٤) أي في مرض الأب.

(٥) سقطت من ق و ك و ز.

(٦) في ز و ك : من.

(٧) في ق و ز : وقد قال مالك.

(٨) في هـ : في المرض.

(٩) في ز : لا يجوز.

(١٠) لا يعجبني هنا بمعنى التحريم. قال الزرويلي: يريد أنه يفسخ، وقد وقع في بعض روايات المدونة أنه يفسخ إذا مات الأب، فإن كان للولد مال ثبت النكاح والصداق من ماله، وقيل يوقف على رضا الولد إذا كبر فيكون من باب النكاح الموقوف. انظر: التقييد (١٩٧/٢).

قال ابن القاسم : فإن صح الأب لزمه الضمان[1] ، وإن مرض بعد صحته [فقد ثبت عليه الضمان][2] .

[في أقل الصداق وحكم النكاح بأقل منه وبغير صداق]

[قال ابن القاسم :][3] وأقل الصداق ربع دينار ، فمن نكح بدرهمين أو بما يساويهما ، فإما أتم لها ثلاثة دراهم وثبت النكاح ، وإن أبى فسخ[4] ، إلا أن يدخل[5] فيجبر على إتمامها ، ولا يفسخ للاختلاف في إجازة هذا الصداق .

وقال غيره[6] : يفسخ قبل البناء وإنَ أتم الزوج ربع دينار ، ويفسخ أيضاً بعد البناء ولها صداق مثلها ، [وهو][7] كمن تزوج بلا صداق .

قال ابن القاسم : وإن طلّق قبل البناء فلها نصف الدرهمين .

[في المرأة تهب صداقها لزوجها أو لأجنبي]

وإذا وهبت المرأة صداقها لزوجها بعد أن قبضته أو قبل ، وهي جائزة الأمر ،

---

(١) في ز : الصداق .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ق ، وفي هـ : فقد ثبت المال .

(٣) سقطت من هـ و ز و ق .

(٤) في هـ : فسخ النكاح .

(٥) في ز : يدخل بها .

(٦) لعله يريد أشهب ، وابن وهب ، وابن عبد الحكم ، وأصبغ ، فقد قالوا : إن النكاح بغير صداق يفسخ قبل الدخول وبعده ، خلافاً لابن القاسم القائل بتصحيحه بعد الدخول بصداق المثل . والمعتمد في المذهب قول ابن القاسم ، وهو بلاغه عن مالك . انظر : النوادر والزيادات (٤/٤٥٠ - ٤٥١) .

(٧) سقطت من ز .

ثم طلقها قبل البناء[1] فلا رجوع له عليها بشيء . ولو وهبته نصفه فله الربع[2] عليها إن قبضته ، أو لها عليه إن لم تقبضه ، وكذلك في هبتها ستين من مائة وأربعين وقبضت الباقي ، فإنما عليها نصف ما قبضت ، وإن وهبت مهرها لأجنبي قبل قبضه وهي جائزة الأمر فإن حمله الثلث[3] جاز ، وإن جاوز الثلث بطل جميعه إلا أن يجيزه الزوج ، فإن لم يقبضه الموهوب [له][4] حتى طلقت قبل البناء ، فإن كانت موسرة يوم طلقها فللموهوب [له][5] أخذ الزوج به ، [كان الصداق عيناً أو عرضاً][6] ، وللزوج الرجوع عليها بنصفه ، وإن كانت يوم طلقها[7] معسرة حبس الزوج نصفه ودفع نصفه إلى الموهوب له ، ولو قبض الموهوب جميعه قبل الطلاق لم يرجع عليه الزوج بشيء ، كانت الزوجة يوم الهبة معسرة أو موسرة[8] ، أو الآن ، ويتبعها الزوج بنصفه .

وقال غيره[9] : إذا كانت يوم الهبة موسرة ولم يقبضه الموهوب [له][10] حتى طلقت ، لم ينظر إلى عسرها يوم الطلاق ، وعلى الزوج دفع جميعه إلى الموهوب ومتابعتها بنصفه .

---

(١) في ز : الدخول .

(٢) في ق و ز : فله الرجوع عليها .

(٣) في ك و هـ : ثلثها .

(٤) سقطت من ق و هـ .

(٥) سقطت من ز .

(٦) سقطت من ز .

(٧) في ق و ك و ز : يوم طلّق .

(٨) في ز : كانت الزوجة يوم الهبة موسرة ، ولم يقبضها الموهوب أو معسرة .

(٩) لم أقف على تعيين الغير هنا في كتب المذهب .

(١٠) سقطت من : هـ و ق .

[في نماء الصداق ونقصه وهبته قبل البناء وكيفية تنصيفه]

وكل ما أصدق الرجل امرأته من حيوان أو غيره مما هو[1] بعينه فقبضته أو لم تقبضه[2] فحال سوقه أو نقص في بدنه أو نما أو توالد ثم طلقها قبل البناء ، فللزوج[3] نصف ما أدرك[4] من هذه الأشياء يوم طلق على ما هو به من نقص أو نماء ، ولا ينظر في هذا إلى قضاء قاضٍ ؛ لأنه كان في ذلك شريكاً لها ، ألا ترى [أن][5] هذه الأشياء لو هلكت ثم طلقها قبل البناء لم يرجع عليها بشيء ، ولو هلكت بيده كان له أن يدخل بها ولا صداق عليه .

ولو نكحها بعرض بعينه فضاع بيده ضمنه ، إلا أن يعلم ذلك فيكون منها ، وكذلك إن نكحها على حائط بعينه أو عبد بعينه ثم طلقها قبل البناء ، كان ما أغلت الثمرة أو العبد بينهما ، كان بيدها أو بيد الزوج ، وللذي في يديه الحائط قدر سقيه وعلاجه في حصة الآخر . وكذلك الأمة تلد عند الزوج أو عندها أو كسبت مالاً أو أغلت غلة أو يوهب لها أو للعبد مال ، فذلك كله إن طلقت المرأة قبل البناء بينهما ، وكذلك ما أغل ، أو تناسل من إبل أو بقر أو غنم ، أو أثمر من شجر أو نخل أو كرم ، فذلك كله بينهما ، ومن استهلك من ذلك شيئاً ضمن حصة صاحبه ، إلا أنه يقضي لمن أنفق منهما بنفقته التي أنفق

---

(١) في ك : مما يعرف بعينه .

(٢) ولكنه عُين لها فصار في حكم المقبوض ، بخلاف العرض الذي سيأتي حكمه .

(٣) في هـ : كان للزوج .

(٤) في ز : نصف جميع ما أدرك . وفي ك : نصف ما أدركه .

(٥) سقطت من ك .

فيه ، ثم يكون له نصف ما بقي ، وقد قيل[1]: إن كل غلة أو ثمرة للمرأة خاصة بضمانها .

قال ابن القاسم : ولو قبضت ذلك المرأة ثم وهبته لأحد[2] وهي جائزة الأمر ، ثم طلقها الزوج قبل البناء ، كان له [عليها][3] نصف قيمته يوم وهبته ، نما عند الموهوب[4] أو نقص .

وقال غيره[5]: بل نصف قيمته يوم قبضته .

[فيمن تزوجت بعبد فأعتقته أو جنى أو جُني عليه قبل البناء]

[قال ابن القاسم :][6] ولو نكحها بعبد بعينه فدفعه إليها فأعتقته[1]، غرمت

---

(١) هذا قول عبد الملك ، وقد بناه على أن المرأة تملك جميع صداقها بالعقد ، بدليل أن هذه الأشياء التي هي صداقها لو هلكت قبل البناء ، كان للزوج أن يدخل ولا شيء عليه ، قال ابن يونس : وقول ابن القاسم أصح ؛ لأن ملك الزوجة للصداق ملك غير مستقر قبل البناء ، فإذا وقع البناء صح ملكها له ووجب عليها ضمانه ولها غلته ، فإن طلّق الزوج قبل البناء صح ملكها لنصفه وملكه لنصفه ، فوجب أن تكون الغلة بينهما . وقال الزرويلي : إنه أبين ؛ لأنه لما كان الضمان بينهما ، فإن الغلة أيضاً بينهما ؛ لأن الخراج بالضمان ـ كما في الحديث ـ . انظر : التقييد (٢/٢٠١).

(٢) في ق : ثم وهبته لأحد وأعتقه ، والظاهر أنها مقحمة في الكلام .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ك : عند الموهوب له .

(٥) يريد به عبد الملك ابن الماجشون . قال اللخمي عن قول ابن القاسم ـ الذي هو قول مالك ـ وقول مالك أصوب من قول الغير ، وقال ابن يونس عن قول عبد الملك : ولا يعجبني . انظر : التقييد (٢/٢٠١) .

(٦) في ك : قال مالك .

نصف قيمته يوم العتق ، ولا يرد العتق موسرة كانت أو معسرة ؛ لأنها إن كانت معسرة يوم العتق وقد علم الزوج ، فتَرْكُه ذلك رضى ، ولو قام حينئذ رده إن شاء إن زاد على ثلثها ، ولم يعتق منه شيء ، فإن طلق[٢] قبل البناء فله نصفه .

قال مالك : ويعتق عليها نصفه ، وكذلك لو كان عبداً أصله لها فأعتقته كله ولا مال لها سواه فرد الزوج عتقها ، ثم مات عنها أو طلقها ، عتق الآن عليها جميعه ، وكذلك ما رد من عتق مفلس ثم أيسر وهو بيده ، قال مالك : يعتق عليه . قال ابن القاسم : وبلغني عن مالك أنه قال في الزوجة : يعتق عليها [إن مات زوجها أو طلقها][٣] ، فلا أدري هل [يرى أن][٤] يقضي [بذلك][٥] عليها أم لا [٦] ، والذي أرى أن لا يقضى عليها بعتقه ، ولا ينبغي لها ملكه .

[٧]وإن نكحها بعبد فجنى عليه جناية ثم طلقها قبل البناء فأرش ذلك بينهما ،

---

(١) في ق و ز : وإن كان عبداً فأعتقته غرمت ... وفي ك : فأعتقته ثم طلقها قبل البناء غرمت له .

(٢) في هـ : ثم إن طلقها . وفي ك : ثم إن طلق .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ز .

(٤) سقطت من ز .

(٥) سقطت من ق و ك .

(٦) قوله : ولا أدري هل يقضي بذلك عليها ، يعني : هل تجبر عليه أم لا ، فرأي ابن القاسم أنها لا تجبر على العتق ، وإنما تؤمر به ، وقول مالك المتقدم يقتضي أنه يقضى عليها بالعتق كما هو واضح من قوله : فيمن عتقت عبداً أصله لها ، فرد الزوج عتقها ، ثم مات أو طلقها ، أنه يعتق عليها الآن جميعه . قلت : ولم أقف على تشهير في هذه المسألة . انظر : المدونة (٢/٢٢٨) ، التقييد (٢/٢٠١) .

(٧) في ك : قال ابن القاسم .

ولو جنى العبد وهو [بيد][1] المرأة ، خيرت المرأة فإن فدته لم يأخذ منها الزوج نصفه ، إلا أن يدفع إليها نصف ما فدته به ، وإن أسلمته فلا شيء للزوج إلا أن تحابي فلا تجوز محاباتها على الزوج في نصفه ، ولو جنى العبد وهو بيد الزوج فليس للزوج دفعه ، وإنما ذلك للمرأة فإن طلقها قبل أن تدفعه وهو عنده أو عندها ، كان بمنزلتها في نصفه .

[في المرأة يصدقها الرجل فتشتري منه شيئاً بصداقها ، أو تشتريه من أجنبي ثم تطلق قبل البناء]

ومن تزوج امرأة بألف درهم فاشترت منه بها داره ، أو عبده ، أو ما لا يصلح لجهازها ، ثم طلقها قبل البناء ، فإنما له[2] نصف ذلك نما أو نقص ، وهو بمنزلة ما أصدقها إياه . ولو اشترت ذلك من غيره رجع عليها إذا طلقها بنصف الألف درهم ، وكان ضمان ذلك منها إلا أن يكون ما اشترت من غير الزوج مما يصلح لجهازها[3]، مثل خادم وعطر [وثياب][4] وفرش [وأسرّة][5] ووسائد وكسوة ونحوه ، فليس للزوج إذا طلقها إلا نصف ذلك .

قال ابن وهب عن مالك : وليس للمرأة أن تحبس ذلك ، وتدفع إلى الزوج نصف ما نقدها عيناً ؛ لأنه كان لذلك ضامناً إلا أن يرضى .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ق : فإنما لها .

(٣) في هـ و ق و ز : مما يصلحها في جهازها . والمثبت من ك .

(٤) سقطت من ك .

(٥) سقطت من ز .

[فيمن تزوج امرأة على صداق فاستحق بعضه]

[1] وإن تزوجها على عبد بعينه أو أمة بعينها أو دار بعينها فاستحق بعض ذلك ، فإن كان الذي استحق من الدار فيه ضرر ، كان لها أن ترد بقيتها وتأخذ قيمتها وتحبس ما بقي وترجع بقيمة ما [استحق][2] ، وإن استحق منها مثل البيت[3] أو الشيء التافه الذي لا ضرر فيه رجعت بقيمته فقط ، وكذلك العروض ، فأما ما يستحق من العبد أو الأمة من جزء قلّ أو كثر ، فلها أن ترد بقيته وترجع بقيمة جميعه ، أو تحبس ما بقي منه وترجع بقيمة ما استحق ، ولو كان جماعة رقيق أو جملة ثياب فاستحق بعضها فمحمل[4] ذلك محمل البيوع[5] .

[في حكم ما زاد الزوج على الصداق المسمى]

وإن تزوجها على مسمى ثم زادها فيه بعد ذلك طوعاً ولم تقبضه حتى مات أو طلق[6] قبل البناء فلها نصف الزيادة إن طلق ، ولا تأخذه إن مات ؛ لأنها عطية لم تقبض .

[فيمن تزوج امرأة وجعل مهرها من يعتق عليها]

[قال مالك :][7] ومن تزوج امرأة[8] على من يعتق عليها عتق عليها بالعقد ،

---

(١) في ك : قال ابن القاسم .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ز و ق : الثلث بدل البيت .

(٤) في ز : فيحمل .

(٥) أي في وجوب الرد كما سيأتي .

(٦) في ك : حتى ملت أو طلقت .

(٧) سقطت من ق و ك و ز .

(٨) في ق و ز : وإن تزوجها على من يعتق .

فإن طلقها قبل البناء رجع عليها بنصف قيمته معسرة كانت أو موسرة ، ولا يتبع العبد بشيء ولا يرد عتقه كمعسر أعتق بعلم غريمه[1] فلم ينكر ، والزوج حين أصدقها إياه قد علم أنه يعتق عليها فلذلك لم أرده على العبد بشيء . وقد بلغني عن مالك أنه استحسن ألا يرجع الزوج على المرأة بشيء[2] ، وقوله الأول أحب إليّ .

[في حكم صداق الكتابية والمجوسية تسلم تحت الكافر ، والأمة تعتق تحت العبد]

[قال مالك :][3] وإذا أسلمت الكتابية أو المجوسية ولم يسلم الزوج فهو فسخ بغير طلاق ، فإن لم يبن بها فلا صداق لها نقداً ولا مؤخراً[4] ، وإن قبضته ردته ؛ لأن الفرقة [جاءت][5] من قبلها ، ولو بنى بها كان لها جميعه ، وكذلك الأمة تعتق تحت عبد فتختار نفسها مثلها سواء ، إلا في الفسخ فإنه بطلاق .

[حكم صداق الأمة نصفها حر ، أو يشتريها زوجها أو غيره قبل البناء أو بعده]

وصداق الأمة [التي][6] نصفها حر ، موقوف بيدها كمالها ، ويلي عقد

---

(١) في ز : أعتق بعد علمه بعلم غريمه .

(٢) وهو الذي عليه المذهب . انظر : منح الجليل (٣/٤٢٢) .

(٣) سقطت من ق و ز .

(٤) في ز : ولا مؤجل .

(٥) سقطت من ق و ز و ك .

(٦) سقطت من ق و ك و ز .

نكاحها[1] من له فيها الرق برضاها . ومن تزوج أمة ثم ابتاعها من سيدها قبل البناء فلا صداق لها ، وإن قبضه السيد رده ؛ لأن الفسخ من قبله[2].

وإن ابتاعها بعد البناء فالصداق لسيدها البائع كمالها ، إلا أن يشترطه المبتاع ، [وإن ابتاعها غير الزوج فمهرها للسيد البائع بنى بها الزوج أم لا ، إذ النكاح قائم [بمنزلة مالها][3]، إلا أن يشترطه المبتاع][4] .

[في حكم صداق الأمة وكيف لو عتقت تحت عبد بعد البناء أو قبله]

قال مالك : وإن عتقت أمة تحت عبد بعد البناء فاختارت نفسها ، فلها مهرها كمالها إلا أن يشترطه السيد ، وكذلك إن لم يبن بها فاختارت المقام مع الزوج ، وقد كان الزوج [قد][5] فرض لها قبل العتق فمهرها لها يتبعها إذا عتقت ، إلا أن يكون سيدها أخذه قبل العتق أو اشترطه فيكون له ، فإن اختارت هذه نفسها قبل البناء فلا صداق لها ، وإن قبضه السيد رده ؛ لأن الفسخ من قبله .

ولو زوجها السيد بتفويض ففرض لها الزوج بعد العتق ، فهو لها ولا سبيل للسيد عليه ، إذ لم يكن ذلك بمال لها فيشترطه ، وإذ لو مات الزوج أو طلق قبل الفريضة لم يكن لها شيء . ومن زوج أمته فله منعها من الزوج حتى يقبض صداقها .

---

(١) في ز : ويلي عقدها . وفي ق : ويلي عقد زواجها .

(٢) في هـ : لأن الفسخ جاء من قبله .

(٣) سقطت من ق .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ك .

(٥) سقطت من ق و ك و ز .

قال بكير[1] وغيره[2]: وللسيد أخذ صداقها إلا قدر ما تحل به ، وله أن يضع منه بغير إذنها .

[ما جاء في صداق المرتدة ، والأمة يزوجها سيدها ويشترط حرية ما ولدت]

[والمرتدة إذا دخل بها زوجها قبل أن تستتاب ، أو يسلم أحد الزوجين المجوسيين بعد البناء ، فيفرق بينهما ، فللمرأة صداقها المسمى كاملاً . وكذلك من زوج أمته وشرط أن ما ولدت فهو حر ، لم يقر هذا النكاح ويكون لها إن دخل بها المسمى][3] .

[في نكاح التفويض]

ونكاح التفويض جائز ، وهو أن يعقداه[4] ولا يسميان صداقاً ، فإن بنى بها فلها صداق مثلها ، وليس كصداق أختها أو ذات رحمها ، ولكن مثلها في المال والجمال والحال ، وينظر ناحية الرجل[5] فقد يُزوّج فقير لقرابته ، وأجنبي لماله ، فليس صداقهما سواء .

وليس للزوج البناء حتى يفرض ، فإن فرض أقل من صداق المثل لم يلزمها إلا أن

---

(١) هو بكير بن الأشج ، أبو مخرمة المدني ، بها ولد وفيها نشأ ، نزيل مصر ، من أعلم أهل عصره بالحديث ، توفي بمصر سنة (١٢٢هـ)، انظر : تهذيب التهذيب (٤٩١/١).

(٢) يريد به يحيى بن سعيد . انظر : المدونة (٢٣٥/٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ورد في هـ بتقديم وتأخير . ووردت في ك زيادة هي : ويعتق الولد ويكون ولاؤه لسيد الأمة .

(٤) في ك : وهو أن يقول : أنكحتك . وفي هـ أنكحناك .

(٥) في هـ : وينظر ناحية الرجل أيضاً .

ترضى وإلا أتمه أو طلق ، فإن رضيا بالأقل ثم طلق أو مات أحدهما كان ما رضياه صداقاً ماضياً ، وإن فرض لها في مرضه[١] لم يجز إلا أن يطأها في مرضه فيجوز ذلك ، ويكون ما سمى من رأس ماله مالم يزد على المثل[٢] فيرد ما زاد .

وإذا رضيت ثيب بأقل من صداق مثلها لزمها ولا قول لوليها .

قال مالك : وإذا زوج البكر أبوها بتفويض ثم فرض لها الزوج بعد ذلك أقل من صداق مثلها فرضيت ، لم يكن لها ذلك إلا أن يرضى الأب بذلك فيجوز ، ولا ينظر إلى رضاها مع الأب . وإن زوجها غير الأب فرضيت بعد ذلك وأباه الولي لم يجز رضاها ، والرضى إلى الولي[٣] ، [ولو رضيه الولي][٤] ما جاز أيضاً .

قال ابن القاسم : إلا أن يكون [ذلك][٥] نظراً لها ، مثل أن يعسر الزوج ويسأل التخفيف ، ويخاف الولي الفراق ويرى أن مثله رغبة لها فيجوز ذلك إذا رضيت ، وما كان على غير هذا لم يجز وإن أجازه الولي ، ولو فرض [لها][٦] الزوج صداق المثل لزم ذلك المرأة والولي ، ولا قول لمن أباه منهما .

وإن فرض الزوج بعد عقد[٧] النكاح قبل المسيس أو بعده ما رضيت به المرأة وهي ممن يجوز أمرها ، أو رضي به الولي وهي بكر والولي ممن يجوز أمره عليها وهو

(١) في ز : في مرض موته .

(٢) في ك : على صداق المثل .

(٣) في هـ : للولي .

(٤) سقطت من ك .

(٥) سقطت من ق و ز .

(٦) سقطت من هـ و ق .

(٧) في هـ و ز و ك : عقدة .

الأب[1] في ابنته البكر ، فذلك جائز ، ويكون صداقها هذا الذي تراضيا عليه ، ولا يكون صداق مثلها .

[قال غيره : إلا أن يدخل بها [الزوج][2]، فلا ينقص المولى عليها أب أو وصي من صداق مثلها][3] .

قال ابن القاسم : وإذا كان ولي البكر ممن لا يجوز أمره عليها[4]، فلا يجوز رضاها بأقل من صداق مثلها ، ولا يجوز ما وضعت[5] للزوج بعد الطلاق قبل البناء من النصف الذي وجب[6] لها ، وإنما [يجوز][7] ذلك للأب وحده ، وقد قيل[8]: إذا رضيت بذلك أو وضعت عن الزوج ما وجب لها بعد الطلاق جاز ، إذ لا يولى عليها ، وإنما لا يجوز ذلك لمن يولى عليها[9] [بأب][10] أو وصي .

قال مالك : [ومن نكح ولم يفرض صداقاً جاز ، وفرض صداق المثل

---

(١) وكذلك الوصي المفوض من قبل الأب في النكاح ، فإنه يقوم مقام الأب في الإجبار وغيره ـ كما تقدم ـ .

(٢) سقطت من ق و ز .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

(٤) كأن تكون مهملة ، وهي التي ليس لها أب ولا وصي ، وإنما لها أولياء بالعصبة . انظر : التقييد (٢/٢١٠) .

(٥) في ز : ما وضعه .

(٦) في هـ : يجب .

(٧) سقطت من هـ .

(٨) وهذا القول موافق لقول سحنون . انظر : التقييد (٢/٢١٠) .

(٩) في ز : لمن لا يولى عليها برضىً .

(١٠) سقطت من ك و ق .

إن بنى][1] ، ولا يجب صداق المثل في نكاح التفويض إلا بالبناء ، إذ لو مات قبل البناء والتسمية لم يكن لها صداق ولا متعة ، ولها الميراث ، ولو طلق لم يكن لها غير المتعة فقط .

[في حكم نكاح الموهوبة وإسقاط الصداق]

[[ومن نكح بغير صداق فإن كان على إسقاط أو موهوب فسخ قبل البناء ، ويثبت بعده ، ولها صداق المثل][2]

قال ابن القاسم : وليس للموهوبة إذا لم يسموا معها[3] صداقاً كالتفويض ، وكأنه قال في الهبة : قد زوجتكها بلا صداق فهذا لا يصلح ، ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده ولها صداق المثل .

قال سحنون : وقد كان قال : يفسخ وإن دخل[4].

وقال ابن شهاب في التي وهبت نفسها لرجل فمسها : فعليهما العقوبة ولها صداق المثل من أجل ما يرى بهما من الجهالة ويفرق بينهما][5][6].

قال ابن القاسم : ومن نكح بغير صداق فإن كان على إسقاطه ، فسخ قبل البناء

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ك .

(٣) إذا لم يسموا معها : أي إذا لم يسموا مع الهبة صداقاً .

(٤) لكن المشهور قوله الأخير أنه يثبت بعد الدخول بصداق المثل . انظر : منح الجليل (٣/٤٥٩ - ٤٦٠).

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ز ، من قوله : (ومن نكح . . .) إلى قوله : (ويفرق بينهما) .

(٦) انظر : المدونة (٢/٢٣٨) .

وثبت بعده ولها صداق المثل ، [قال ابن القاسم :][1] وهذا الـذي أستحسـن ، وقـد بلغني ذلك عن مالك ، وقيل : يفسخ وإن دخلا[2] .

قال ابن القاسم : وإن لم يذكرا الصداق[3] ولا شرطا إسـقاطه ، فذلـك تفويـض جائـز .

[في اختلاف الزوجين في الصداق]

[4] وإذا اختلف الزوجان في الصــداق بعـد الطـلاق وقبـل البنـاء ، فـالقول قـول الزوج[5] مع يمينه ، فإن نكل حلفت وأخـذت مـا تدعـي ، وكذلـك إن مـاتت قبـل البناء وادعى ورثتها تسميةً ، وادعى الزوج تفويضـاً ، فـالقول قولـه مـع يمينـه ، ولـه الميراث . وإن اختلفا في الصداق قبل البناء من غير موت ولا طلاق فادعت المرأة أكثر مما أقر به الزوج ، فـالقول قولهـا [مـع يمينـها][6] ، ويخـير الـزوج في إتمـام مـا ادعتـه وإلا تحالفا وفسخ النكاح ولا صداق لها ، وأما بعد البناء[7] فـالقول قـول الـزوج مـع

---

(١) سقطت من هـ و ز .

(٢) وهو قول أشهب وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ ؛ لأن فسـاده في العقـد وليـس في الصـداق فحسب . قال أشهب : ويكون لها في هذه الحالة ثلاثة دراهم صداقاً . وقال ابن وهب وأصبـغ : لها صداق المثل . والمشهور مذهب ابن القاسم وعبد الملك أنـه لا يفسـخ بعـد البنـاء ولهـا صـداق المثل . انظر : النوادر والزيادات (٤٥١/٤)، منح الجليل (٤٥٩/٣ ـ ٤٦٠) .

(٣) في ز و ق : وإن لم يكن ذكر الصداق .

(٤) في ك : قال ابن القاسم .

(٥) في ز : الرجل .

(٦) سقطت من هـ و ق و ز .

(٧) في ك : وإن اختلفا في هذا بعد البناء .

يمينه ؛ لأنها أمكنته من نفسها[1] [فصارت مدعية وهو مقر لها بدين ، فالقول قوله مع يمينه][2]. وإن ادعى الزوج أنه دفع الصداق وأنكرت الزوجة ، أو مات الزوج فادعت الزوجة أنها لم تقبض صداقها ، أو مات الزوجان وتداعى[3] ورثتهما [في][4] دفع الصداق فلا قول للمدخول بها ولا لورثتها ، وإن لم يدخل بها صدقت هي أو ورثتها . وإن قال ورثة الزوج في المدخول بها قد دفعه ، أو قالوا : لا علم لنا ، فلا شيء عليهم ، وإن ادعى ورثتها العلم عليهم حلفوا أنهم لا يعلمون أن الزوج لم يدفع[5] الصداق ، ولا يمين على غائب ، ومن يُعلم أنه لا علم عنده .

وإن نكح على نقد [معجل][6] ومؤجل فادعى بعد البناء أنه دفع المؤجل وأكذبته ، فإن[7] بنى بها بعد الأجل صدق ، وإن بنى[8] بها قبل الأجل صدقت ، كان المؤجل عيناً أو حيواناً [مضموناً][9]، مع الأيمان فيما ذكرنا .

[فيمن وهب ابنته لرجل]

[10] ومن وهب ابنته لرجل لم يجز ، إلا أن تكون هبته إياها ليس على نكاح ،

---

(١) في ز : مع يمينه إن أمكنته من نفسها .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ز .

(٣) في ق : وتداعيا .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في ز : لم يك دفع .

(٦) سقطت من هـ و ك . وفي ق : على عقد معجل ومؤجل .

(٧) في ز : فإن كان بنى بها .

(٨) في ز و ك : وإن كان بنى .

(٩) سقطت من ك .

(١٠) في ك : قال مالك .

لكن على وجه الحضانة ، أو ليكفلها له ، فيجوز ، ولا قول لأمها إن فعل ذلك نظراً لحاجة وفقر[1] ، وإن وهبها بصداق مسمى وأريد به النكاح جاز ، وكذلك واهب السلعة على ثمن مسمى فذلك بيع .

[في نكاح التحكيم]

ومن تزوج امرأة على حكمه أو حكمها أو حكم فلان جاز ، فإن[2] وقع الرضى بالحكم فيه وإلا فسخ ولا شيء لها ، ويلزم المرأة النكاح إن فرض لها الزوج قبل البناء صداق المثل كالتفويض ، وكان ابن القاسم يكره هذا النكاح حتى بلغه أنه قول مالك فأخذ به وأجازه .

وقال غيره[3] ما قال ابن القاسم[4] أول قوله أنه لا يجوز ويفسخ ما لم يفت[5] بدخول ؛ لأنه خرج عن حد ما أرخص فيه من التفويض .

قال ابن القاسم : وإن بنى بها في نكاح التحكيم قضى لها بصداق المثل ، والنكاح ثابت .

[فيما لا يلزم فيه الصداق والمتعة من الأنكحة الفاسدة]

وكل[6] ما فسد لصداقه كالنكاح بالآبق والشارد وفسخ قبل البناء ، فلا صداق

---

(١) إلا إذا قبلت الأم أن تنفق عليها ، وكانت تستطيع ذلك فإن لها أن لا ترضى بدفعها إلى ذلك الرجل ، ولتأخذها هي . انظر : التقييد (٢/٢١٤) .

(٢) في ز : فإن فعل وقع .

(٣) وهو قول عبد الملك ابن الماجشون فيما إذا كان على حكمها هي ، ويشبه أن يكون قول سحنون لإطالته في التعليل له . انظر : المدونة (٢/٢٤٣) ، النوادر والزيادات (٤/٤٥٢) .

(٤) في ك و ز وهـ : ما قال عبد الرحمن .

(٥) في ز : ما لم يثبت .

(٦) في ز : وكذلك ما فسد . وفي ك : وكل ما فساده في صداقه .

[لها][1] فيه ولا متعة ، وكذلك إن لم يفسخ حتى طلقها قبل البناء فلا متعة عليه ، ويلزم فيه الطلاق والخلع قبل الفسخ بما أخذ للاختلاف فيه ويتوارثان فيه . وإن طلقها فيه ثلاثاً لم تحل له إلا بعد زوج ، وكذلك كل ما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، والذي[2] يتزوج بغير ولي مثل ذلك ؛ لأن مالكاً وقف في فسخه بعد البناء[3][4].

قال سحنون : وقد كان قال لي[5]: كل نكاح كانا مغلوبين[6] على فسخه [فهو فسخ بغير طلاق ، ولا ميراث فيه][7] ويرد فيه الخلع ، وترجع عليه بما أخذ منها ؛ [لأنها كانت أملك بفراقه][8]، وقد بينا اختلاف قوله في هذا في كتاب [النكاح][9] الأول[10]، وفيه ذكر العبد يتزوج بغير إذن[11] سيده .

---

(١) سقطت من هـ . وسقطت « فيه » من ق و ز .

(٢) في هـ : والتي تتزوج .

(٣) في ز زيادة بعد (البناء) وهي : ويثبت بعده .

(٤) وقف في فسخه إذا أجازه الولي ، أما إذا لم يجزه الولي فلم يتوقف مالك في فسخه ، إلا إذا طال الزمن وولدت له الأولاد ـ كما تقدم ـ . انظر (ص ١٥٣) من هذا الجزء .

(٥) هذه رواية السماع التي سمعها ابن القاسم من مالك ، أما رواية البلاغ التي بلغته عن مالك فهي بخلاف هذا ، وهي الأخيرة وهي المعتمدة ـ كما بينا في كتاب النكاح الأول ـ وهي أن كل نكاح اختلف في تحريمه ، وإن غلبا على الفسخ فيه قبل الدخول وبعده ، ففيه الطلاق والميراث ، ويجري فيه الخلع ، وكل نكاح اتفق على تحريمه فلا طلاق فيه ولا ميراث ، ولايقع فيه الخلع . انظر (ص ١٥٥ ـ ١٥٦) من هذا الجزء .

(٦) في ق و ز : وقد كان قال لي : ما غلبا على فسخه .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ق .

(٨) سقطت من هـ و ق و ز .

(٩) سقطت من هـ و ق و ز .

(١٠) انظر (ص ١٣٧) من هذا الجزء .

(١١) في ز : أمر .

[في نكاح المريض والمريضة]

[قال مالك :][1] ولا يجوز نكاح المريض[2] والمريضة ، ويفسخ وإن دخلا ، وإن بنى بها وهي مريضة ثم ماتت ، فلها[3] الصداق ولا يرثها .

قال مالك : وإن بنى [بها][4] المريض كان صداقها في ثلثه مبدّأ على الوصايا[5] والعتق ولا ترثه ، قال مالك : وإن صحًّا ثبت النكاح ، دخلا أو لم يدخلا ، ولها المسمى ، وكان يقول : لا يثبت وإن صحا ، ثم عرضته عليه فقال : امحه ، وأرى إذا صحا أن يثبت النكاح[6] ، وإن فسخ قبل البناء فلا صداق لها ولا ميراث .

---

(١) سقطت من ق و ز و ك .

(٢) المراد بالمرض هنا : المرض المخوف منه الموت عادة وإن لم يشرف عليه ، وقد انفرد المالكية بالقول بفساد نكاح المريض ، ومأخذهم في ذلك أن المريض محجور عليه أن يخرج من ماله ما لا حاجة له فيه لحق الورثة ، والنكاح يتضمن هذا المعنى ؛ لأنه يوجب المهر والنفقة ، والمريض لا حاجة له بالوطء ، ولهذا المعنى منع من الصدقة والهبة وما فعل من ذلك في الثلث ، ولأن في نكاحه إدخال وارث على الورثة ، فلا يجوز ، كما لا يجوز إخراج وارث منهم ، ولذلك لم يمنع طلاقه من الميراث . انظر : المعونة : (٧٨٧/٢) ، الكافي (٥٤٨/٢) ، حاشية الدسوقي (٢٧٦/٢) .

(٣) في ك : كان لها .

(٤) سقطت من ق و هـ . وفي ك : وإن ابتنى المريض .

(٥) في ز : مبدأ على الوصايا والمدبر في الصحة والعتق .

(٦) توجد هنا زيادة في هـ و ك ، وهي : قال ابن القاسم : وهو أحب إلي . وفي ك تكرار للعبارة التي سبقت كلام ابن القاسم .

[فيمن أراد شراء جارية أو خطبة حرة فأخبره أبوه أنه قد نكح الحرة ووطئ الجارية ، وشهادة النساء في الرضاع]

قلت[1]: فمن اشترى جارية أو أراد شراءها أو خطب الحرة[2]، فقال [له][3] أبوه : قد نكحت الحرة ووطئت الأمة بشراء ، فكذبه الابن ، [قال : لم أسمع من مالك في هذا شيئاً ، إلا أن مالكاً قال :][4] لا تجوز شهادة امرأة واحدة في الرضاع إلا أن يكون قد فشا وعرف ، قال مالك : وأحب إليّ أن لا ينكح وأن يتورع[5]، ولا تجوز أيضاً شهادة امرأتين في الرضاع إلا أن يكون شيئاً قد فشا[6] وعرف في

---

(١) في ك : قال ابن القاسم .

(٢) في ق و ز وهـ : امرأة .

(٣) سقطت من ز .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من : ق و هـ و ز ، والمثبت من ك ، وهو الموافق لما في المدونة .

(٥) أي يتورع عن نكاح شهدت فيه امرأة واحدة في الرضاع من غير فشو ، و«أحب» هنا بمعنى الكراهة التنزيهية - كما صرح بذلك في كتاب الرضاع - ، قال الزرويلي : ويحتمل أن يكون قوله « أحب » راجع إلى الذي أخبره أبوه بأنه تزوج المرأة التي خطبها ، وتشبيهه بمسألة الرضاع ، وحينئذ تكون بمعنى الحرمة . انظر : التقييد (٢/٢١٧).

(٦) المراد قبل العقد ، ولا عبرة بالفشو بعد العقد ، وتحصيل المذهب في هذه المسألة : أن الرضاع يثبت بشهادة امرأتين مع الفشو بالاتفاق ، ولا يثبت بشهادة امرأة واحدة من غير فشو بالاتفاق ، واختلف في المذهب في شهادة امرأتين من دون فشو وفي شهادة امرأة واحدة مع الفشو ، فقال مطرف وابن الماجشون وابن وهب وابن نافع وسحنون : يثبت بشهادة امرأتين ، وإن لم يفش ، ونسب ابن رشد للمدونة أنه يثبت بامرأة واحدة مع الفشو ، والمعتمد في المذهب أنه لا بد من شهادة امرأتين مع الفشو قبل العقد لإثبات الرضاع ، ومن ثم فسخ النكاح ، وأما ما عدا ذلك من دعوى الرضاع ، فإنه إنما يراعى على سبيل التنزه والتورع الذي هو مطلب شرعي اتقاءً للشبهة . انظر : النوادر والزيادات (٥/٨٤) ، حاشية الدسوقي (٢/٥٠٧) ، التقييد (٢/٢١٧).

الأهلين والمعارف والجيران ، فتجوز حينئذ شهادتهما .

قال ابن القاسم : فشهادة الوالد في مسألتك كشهادة المرأة في الرضاع ، فلا يقبل قول الأب إلا أن يكون ذلك من قوله فاشياً قبل الشراء أو النكاح ، وأرى له أن يتنزه عنها بغير قضاء ، وكذلك الأم إذا لم يزل يسمعونها تقول : [قد][1] أرضعت فلانة ، فلما كبرت أراد الابن تزويجها فلا يفعل[2][3] .

[في الأخوين تدخل على كل واحد منهما زوجة أخيه]

وإذا تزوج أخوان أختين[4] ، فأدخلت على كل واحد [منهما][5] زوجة أخيه[6] فوطئها ، ردت كل واحدة إلى زوجها ولا يطؤها إلا بعد ثلاث حيض ، وعلى العالمة منهما الحد ولا صداق لها ، وإن قالت : لم أعلم ، فلها صداق المثل على الواطئ : ويرجع هو به على من أغره .

[في نكاح الأمة ومعاشرتها]

ومن نكح أمة فليس له أن يتبوأ معها بيتاً ، وتبقى في خدمة ساداتها ، وليس

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ز : فلا يفعل ذلك .

(٣) وذلك على سبيل التنزه أيضاً . انظر التعليق رقم (١) في في هذه الصفحة .

(٤) وكذلك في الأجنبيين ، وإنما ذكر الأخوين لاحتمال وقوع ذلك فيهما أكثر من غيرهما ، ولهذه المسألة أربع حالات : أن يكون الزوجان عالمين فلا صداق ولا نسب وعليهما الحد ، أن يكونا جاهلين فيثبت الصداق والنسب ولا حد ، أن يكون الزوج عالماً فعليه الصداق ولا يثبت النسب وعليه الحد ، أن تكون هي عالمة فيثبت النسب ولا صداق لها وعليها الحد . انظر : التقييد (٢/٢١٨) .

(٥) سقطت من ك .

(٦) في هـ : فأدخلت كل واحدة على زوج أختها .

للسادة منعه الوطء إذا أراده ، ولا يضروا به ، ويمنع هو من الضرر بهم ، وللسيد بيعها وليس للمبتاع منع زوجها منها[1] ، وإن بيعت بموضع لا يصل إليها الزوج[2] فله طلبها والخصومة إن منع منها ، ويتبعه البائع بمهرها وبنصفه إن طلق قبل البناء .

[في نكاح الخنثى ، والذي يتزوج امرأة قد زنى بها أو قذفها]

[قال ابن القاسم :][3] ويحكم في الخنثى بمخرج البول[4] في نكاحه وميراثه وشهادته وغير ذلك ، وما اجترأنا على سؤال مالك عنه . ولا بأس أن ينكح الرجل امرأة كان زنى بها بعد الاستبراء ، أو امرأة كان قذفها فحد لها أو لم يحد .

[في الدعوى في النكاح]

[5] وإذا ادعت امرأة نكاح رجل أو ادعاه هو عليها فلا يمين على المنكر ؛ إذ لا يقضى[6] بنكوله . وإذا ادعى رجلان امرأة ، كل واحد منهما يدعي أنها زوجته وأقاما البينة ، ولم يعلم الأول منهما ، والمرأة مقرة بأحدهما أو بهما[7] أو منكرة لهما ، فإن عُدّلت البينتان فسخت نكاحيهما وكانت طلقة ، ونكحت من

---

(١) في ز : عنها .

(٢) في هـ و ق : لا يصل إليها الزوج فيه .

(٣) سقطت من ز و ق .

(٤) وردت هنا زيادة في ك ، وهي : « فإن كان يبول من ذكره فهو رجل ، وإن كان يبول من فرجه فهو جارية ؛ لأن النسل إنما يكون من موضع المبال وفيه الوطء ، ويكون ميراثه وشهادته بذلك وكل أمره على ذلك » وما اجترأنا على سؤال مالك عنه .

(٥) في ك : قال ابن القاسم .

(٦) في ك : لا يقضى عليه .

(٧) في ز : أو بهما جميعاً .

أحبت منهما أو من غيرهما ، فإن كانت إحدى البينتين عادلة والأخرى غير عادلة قضيت بالعادلة .

قيل[١] : فإن كانت واحدة أعدل من الأخرى وكلهم عدول ؟ قال : يفسخان جميعاً بخلاف البيوع ؛ لأن السلع[٢] لو ادعى رجل أنه ابتاع هذه السلعة من فلان وأقام بينة [عادلة][٣] ، وادعى آخر أنه ابتاعها من فلان وأقام بينة ، قضي بأعدل البينتين صدقهما البائع أو كذبهما .

[في ملك أحد الزوجين صاحبه]

[٤] وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه أو شيئاً منه فسد[٥] النكاح ، وكان فسخاً بغير طلاق ، ملكه بشراء أو ميراث[٦] أو صدقة أو وصية .

وإذا اشترت الأمة زوجها وهي غير مأذون لها فرد سيدها ذلك فهما على نكاحهما ، ولا يطلق السيد على عبده بغير إذنه[٧] .

قال ابن نافع عن مالك : ومن زوج أمته من عبده ثم وهبها له ، يغتزي[٨] فسخ النكاح وأن يحلها لنفسه أو لغيره ، لم يجز ، ولا تحرم بذلك على الزوج .

---

(١) في ك : قيل له .

(٢) في هـ : لأن البيع .

(٣) سقطت من ق و ك و ز .

(٤) في ك : قال مالك .

(٥) في ز و ق : فسخ النكاح فسخاً بغير طلاق . وفي ك : فسد النكاح وفسخ بغير طلاق .

(٦) في ز : ملكه بشراء أو ميراث أو هبة أو صدقة وإذا اشترت .

(٧) في ز : علمه .

(٨) بمعنى يطلب ويريد ـ كما تقدم ـ .

ومن ملك من امرأته شقصاً ثم آلى منها أو ظاهر لم يلزمه الظهار إذ ليست بأمة تامة له ولا زوجة ويلزمه الإيلاء إن نكحها يوما ما .

ومن ضمن صداق عبده ثم دفع السيد العبد إلى الزوجة في صداقها فرضيت ، فسخ[1] النكاح ، فإن لم يكن بنى بها رجع العبد إلى سيده[2] .

[في الإعسار بالصداق]

وللمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها ، فإن أعسر به الزوج قبل البناء تلوم الإمام له وضرب له الأجل ، ويختلف التلوم فيمن يرجى له ومن لا يرجى له ، فإن لم يقدر عليه فرق بينهما وإن أجرى النفقة ، وإن أعسر[3] بعد البناء لم يفرق بينهما إذا أجرى النفقة واتبعته به ديناً ، ولها أخذه بجميع المهر بعد تمام العقد ، إن نكحها مثل نكاح الناس على النقد ، فأما ما كان من مهر إلى موت أو فراق فإن هذا يفسخ قبل البناء ، ويثبت بعده ولها صداق المثل نقداً لا تأخير فيه ، ولمالك قول [آخر][4] أن لها قيمة المؤجل ، ولا يعجبني[5] .

---

(١) في هـ : فسد .

(٢) أي رجع إلى ملكه .

(٣) في ك : أعسرته . وفي ز و هـ : أعسر به .

(٤) سقطت من ق و ك ، وفي ز : ثان .

(٥) في المدونة : وقال مالك مرة : يقوم المهر المؤخر بقيمة ما يسوى إذا بيع نقداً . وقال مرة : ترد إلى مهر مثلها مما لا تأخير فيه ، وهو أحب قوله إليّ . فانظر كيف جعل البرادعي « لا يعجبني » في القول الثاني بدل « وهو أحب قوله إلي » ، في القول الأول ، كما هو نص ابن القاسم ، والمشهور أن لها صداق المثل ، وهو قول مالك الذي أحب إلى ابن القاسم . انظر : المدونة (٢/٢٥٣)، حاشية الدسوقي (٢/٣٠٣)، الشرح الصغير (٢/٤٤١)، عليش (٣/٤٣٧).

[في نفقة الزوج على زوجته ، وأحوال ذلك قبل البناء أو بعده]

ولا تلزم من لم يدخل نفقة حتى تُبْتَغى منه ويدعى إلى البناء ، فحينئذ تلزمه النفقة والصداق ، إلا أن يكون أحدهما لم يبلغ حد الجماع فلا يلزمه صداق ولا نفقة حتى يبلغا ذلك ، وذلك في الصبي بالاحتلام ، ولا يلزمه حتى يحتلم ، وإن كان مثله يطأ ، وهي أن تكون مثلها يوطأ[(١)]. وإن دُعي الزوج إلى البناء وهي رتقاء[(٢)] خُيِّر بين أن يقيم أو يفارق ، فإن فارق فلا صداق لها إلا أن تعالج نفسها بأمر يوصل به إلى جماعها ، ثم تدعوه إلى البناء فلها الصداق والنفقة ، ولا تجبر على العلاج . ولو دعى الزوج إلى البناء ، وهي لا يجامع مثلها من صغرها[(٣)] فلهم منعه إلى بلوغ ذلك ، وقد قال مالك في التي شرطوا عليه أن لا يدخل بها إلى سنة إن كان لصغر أو لاستمتاع [أهلها][(٤)] منها لتغربه بها ، فذلك لازم[(٥)] وإلا بطل الشرط .

ومن دعته زوجته إلى البناء[(٦)] والنفقة وأحدهما مريض مرضاً لا يقدر معه على

(١) في ق : أن تكون يوطأ مثلها .

(٢) الرتق : هو انسداد مسلك الذكر من الفرج بحيث لا يمكن معه الجماع . انظر : حاشية الدسوقي (٢٧٨/٢) ، الفواكه الداوني (٤٠/٢) .

(٣) في ز : لصغر . وفي ك : من صغر .

(٤) سقطت من ز و ق و ك .

(٥) هذه المسألة دليل على التي قبلها ، أي أنه إذا كان لهم أن يمنعوه منها ، إذا شرطوا ذلك لاستمتاعهم منها قبل الغربة ، فلأن يمنعوه منها لعدم مقدرتها على الوطء من باب أولى . انظر : التقييد (٢٢٦/٢) .

(٦) في ز : إلى الشرط أو النفقة .

الجماع ، لزمه أن ينفق أو يدخل ، وإذا كانا صحيحين في العقد لم ينظر إلى ما حدث بهما من مرض ، إلا أن يكون مرضاً بلغ[1] حد السياق[2] فلا يلزمه ذلك . والصداق أوجب من النفقة في هذه المسائل ؛ لأن لها منع نفسها حتى تقبضه .

ولو تجذمت بعد النكاح حتى لا تجامع معه فدعته إلى البناء ، قيل له : ادفع الصداق [وأنفق][3] وادخل أو طلق . ويباع على الرجل فيما يلزمه من نفقة امرأته عروضه وريعه إن لم يكن له عين .

[في نفقة زوجة العبد والمكاتب وأولادهما]

وتلزم العبد نفقة امرأته حرة كانت أو أمة ، وإن كانت الأمة تبيت عند أهلها ، ونفقة زوجة العبد في ماله إن كان له مال ، ولا نفقة لها من كسبه وعمله وذلك لسيده ، فإن لم يجد غيره فرق بينهما إلا أن يتطوع السيد بالنفقة ، ولا يباع [العبد][4] في نفقة زوجته ، ولا تلزمه نفقة أولاده الأحرار ولا العبيد[5] ، ولا تجبر أم الولد على نفقة ولدها كالحرة[6] ، ونفقة ولد المكاتبة عليها إن[7] كاتبت عليهم أو حدثوا في كتابتها ، كان زوجها حراً أو عبداً أو كان في كتابة أخرى على حدة ،

---

(١) في ك : بلغ به .

(٢) حد السياق : أي حد النزع عند الموت ، يقال : فلان في السياق ، أي في النزع . انظر : اللسان (٦/٤٣٢) .

(٣) سقطت من ز .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في هـ : المملوكين ، بدل : العبيد .

(٦) كالحرة ، فإنها أيضاً لا تجبر على نفقة ولدها ـ كما سيأتي ـ .

(٧) في هـ : إن كانت كاتبت .

ونفقتها هي على زوجها ، وإن كانت مع الأب في كتابة فنفقة الولد على الأب حدثوا في الكتابة أو كاتب عليهم ، وليس عجز المكاتب عن نفقة ولده الصغار كعجزه عن الكتابة و[1]الجناية .

[في خصام الزوجين في النفقة في الغيبة والحضور وأخذ الحميل في ذلك]

وإذا خاصمت المرأة زوجها في النفقة فرض لها شهراً بشهر ، أو أقل أو أكثر بقدرها من قدره في عسره ويسره ، ويجتهد الإمام في ذلك ، فإن أعوزته النفقة وهما حران أو عبدان ، أو أحدهما حر [والآخر عبد][2] ولم ترض الزوجة بالمقام معه فرق الإمام بينهما[3] بعد التلوم[4]، ويختلف التلوم فيمن يرجى له ومن لا يرجى له ، [وأمر عمر بن عبد العزيز أن يضرب للزوجة في التلوم في النفقة شهر أو شهران[5]، وقاله سعيد بن المسيب ، قالا : وإن لم ينفق عليها إلى ذلك الأجل فرق بينه وبينها ، قيل لابن المسيب : يا أبا محمد أسنة هذا ؟ فأقبل بوجهه كالمغضب ، فقال : سنة سنة نعم سنة][6][7]، قال مالك : وإذا [فرق

---

(١) في هـ : أو الجناية .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ق .

(٣) هذا إذا تزوجته ولم تكن تعلم بعسره ، أو طرأ العسر عليه ، أما إذا كانت تزوجته وهو معسر وهي عالمة بذلك فليس لها القيام بالدعوى وطلب الفسخ ؛ لأنها قد تزوجته وهي راضية بعيبه ، كمن اشترى سلعة عالماً بعيبها . انظر : المعونة (٧٨٥/٢) .

(٤) في ك : بعد التلوم له .

(٥) انظر : مصنف عبد الرزاق (٩٥/٧) باب الرجل لا يجد ما ينفق على زوجته ، الاستذكار (١٦٦/١٨) ، والمدونة (٢٦٢/٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ورد في النسخ بعبارات مختلفة فيها تقديم وتأخير ونقص ، والمثبت من هـ ، وهو الموافق لما في المدونة .

(٧) انظر : مصنف عبد الرزاق (٩٦/٧) الأثر (١٢٣٥٧) ، ومصنف ابن أبي شيبة (٢١٣/٥) ، =

الإمـام بينـهما ثم][1] أيسـر الـزوج في العـدة ارتجـع إن شـاء ، وإن لم يوسـر فلا رجعة له .

ولا يؤخذ من الحاضر كفيل بالنفقة ، ومن طلق وأراد سفراً فقـالت لـه امرأتـه : [إني][2] أخاف حملاً فأقم لي بالنفقة حميلاً ، لم يلزمه حميـل إلا في حمـل ظـاهر ، فـإن ظهر بعد أن سافر اتبعته بما أنفقـت إن كـان في حـال حملـها موسـراً ، وكذلـك لـو أنفقت وهو حاضر ولم تطلبه كان لها اتباعه بما أنفقـت في الحمـل ، وإن أراد الـزوج سفراً فطلبته بالنفقة فرض لها بقدر ما يرى من إبعاده ومقامه ، فيدفعه إليها أو يقيـم لها به كفيلاً يجريه لها . ومن أقام مـع امرأتـه سـنين بعـد البنـاء [بهـا][3] وهـو ملـيء[4] ، فادعت أنه لم ينفق عليها فلها أخـذه بهـا إن صدقها ، وإن أنكر فالقول قوله ويحلف ، وكذلك الغائب يقـدم[5] فيقول : كنت أبعث بالنفقة ، فتكذبـه ، فـالقول قولـه مـع يمينه ، إلا أن تكون المرأة رفعت ذلك إلى السلطان وأشهدت واستعدت[6] في غيبته ،

= والأم للشـافعي (١٠٧/٥) ، ومعرفـة السـنن والآثـار (١٥٥٢٤/١١) ، وسـنن البيـهقي (٤٦٩/٧) ، قـال الشـافعي في الأم : والـذي يشبـه قـول سـعيد : سـنة ، أن يكـون سـنة رسول الله ﷺ . الأم (١٠٧/٥) ، وقال ابن عبد البر في الاستذكار : أعلـى مـا وجدنـا في هـذه المسألة ما يمكن أن يقال فيه : سنة . انظر : الاستذكار (١٦٧/١٨) .

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ز .

(٢) سقطت من ق و ك و ز .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) في هـ : وهو موسر مليء .

(٥) في ك : يقدم مثله .

(٦) في ز : واستعدت ذلك .

فمن يومئذ تلزمه النفقة إن كان ملياً ولا يقبل دعواه الإرسال بعد قيامها إلا أن يأتـي بمخـرج .

[في نفقة المرأة على نفسـها أو زوجـها في غيبتـه أو حضرتـه ، والنفقـة على صغار الولد]

وما أنفقت على نفسها في [حال][1] حضرتـه أو غيبتـه وهـو معـدم فـلا شـيء لها ، وإن أنفقت عليه في ذاته وهو حاضر مليء أو معدم ، فلها اتباعه به إلا أن يـرى أن ذلك بمعنى الصلـة ، وكذلـك المنفـق على أجنـبي مـدة ، فلـه[2] اتباعـه بـه إلا أن يكون بمعنى الصلة والضيافة[3] ، ومن قضى له بذلـك لم يـأخذ مـا أنفـق مـن السـرف كالدجاج والخرفان[4] ونحوه ، و لكن نفقة[5] ليست بسرف .

ومن أنفق على صبي صغير لم يرجع عليه بشيء ، إلا أن يكون للصبي مال حـين أنفق عليه فيرجع بما أنفق عليه في ماله ذلك ، فإن تلـف المـال وكـبر[6] الصـبي فأفـاد مالاً ، لم يرجع عليه بشـيء[7] [إلا أن يكـون للصـبي مـال][8]، وإذا أنفـق الوصـي

---

(١) سقط من ق و ك و ز .

(٢) في ك : فلها .

(٣) في ك و هـ : أو الضيافة .

(٤) في ك : والخراف .

(٥) في ز : ولكن نفقته ليست بسرف . وفي هـ : بنفقة ليست بسرف .

(٦) في ك : أو كبر .

(٧) وردت هنا زيادة في ك ، وهي : إلا أن يكون للصبي مال .

(٨) سقطت من ك و هـ .

التركة على الطفل ثم طرأ دين على أبيه يغترقها ولم يعلم به[1] الوصي ، فلا شيء عليه ولا على الصبي وإن أيسر ، وقال المخزومي[2] : يتبع الصبي بما أنفق عليه[3].

وإن أنفقت [المرأة][4] على نفسها وعلى صغار ولده وأبكار بناته من مالها أو تسلفت والزوج غائب ، فلها اتباعه بذلك إن كان في وقت نفقتها موسراً ، وتضرب بما أنفقت على نفسها مع الغرماء ، ولا تضرب معهم بما أنفقت على الولد .

وإذا قوي الرجل على نفقة امرأته دون صغار ولده منها لم تطلق عليه ، إذ لا تلزمه النفقة على ولده إلا في يسره ، ويكون الولد من فقراء المسلمين .

ومن كان له على امرأته دين وهي معسرة فلا يقاصّها به في نفقتها ، وعليه أن ينفق عليها ويتبعها بدينه ، وإن كانت ملية فله مقاصّتُها بدينه في نفقتها .

[في القاضي يفرض للزوجة النفقة ثم يموت أو يعزل]

وإذا فرض القاضي للزوجة ثم مات أو عزل ، فادعت المرأة قدراً وادعى الزوج دونه فالقول قوله إذا أشبه نفقة مثلها ، وإلا فقولها فيما يشبه ، فإن لم يأتيا بما يشبه ابتدي لهما[5] الفرض ، وإن ادعت في ثوب أنها أخذته هدية ، وقال الزوج : بل في فرضك[6] ، فالقول قوله إلا أن يكون الثوب لا يفرض[7] مثله لمثلها ، فالقول قولها .

---

(١) في ك : بها .

(٢) هو المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي ، تقدمت ترجمته .

(٣) انظر : المدونة (٢/٢٦٠) .

(٤) سقطت من ك .

(٥) في هـ و ز : لها .

(٦) في ز : فرضها .

(٧) في هـ : مما يفرض .

وإذا قبضت نفقة شهر فتلفت قبل الشهر أو أنفدتها أو تخرقت الكسوة أو سرقت قبل مدتها ، فلا شيء على الزوج ، وكذلك إن دفع إليها نفقة سنة عنها أو عن ولدها فقد ضمنتها بالقبض ، وإن هلكت الزوجة أو هلك الولد قبل المدة رجع الزوج بما بقي في[1] المحاسبة . ولا يفرض على الغائب النفقة لزوجته[2] إلا أن يكون له مال يعدى فيه وتباع فيها[3] عروضه وريعه إن لم يكن له عين ، ولا يؤخذ منها بما تأخذ منه كفيل ، ويقام[4] الزوج على حجته إذا قدم ، وهكذا يصنع فيه إذا أقيم عليه بدين وهو غائب . وإن كان للزوج ودائع وديون فرض للزوجة نفقتها في ذلك ، ولها أن تقيم البينة على من جحد[5] من غرمائه أن لزوجها عليهم ديناً ، ويقضي عليهم بنفقتها ، وكذلك لمن قام عليه بدين ، وإذا لم يكن للزوج مال يعدى فيه فأنفقت من عندها حتى قدم ، فإن كان في غيبته ملياً رجعت عليه وإلا فلا .

[في نفقة المجوسي يسلم على زوجته غير المسلمة]

وإذا أسلم المجوسي فلا نفقة[6] لزوجته المجوسية إذ لا تؤخر ، إما أن تسلم وإلا فرق بينهما .

---

(١) في ك : من المحاسبة .

(٢) في هـ : لزوجة .

(٣) فيها : أي في نفقة الزوجة . وفي النسخ المعتمدة : فيه . وقد عدلناه على ما في بعض النسخ الأخرى ، وعلى ما في التقييد شرح التهذيب .

(٤) في ز و ك : ويكون .

(٥) في ز : جحدها .

(٦) في هـ : فلا نفقة عليه لزوجه .

قال يحيى بن سعيد : إذا وجد الفقير قواماً من الخبز والزيت وغليظ الثياب لم يفرق بينهما[1] .

قال ربيعة : وأما الشملة والعباءة فلا ، وليس عليه خادم إلا في يسره ، ويتعاونان في الخدمة في عسره .

[في الطلاق على العنين والمعترض]

[قال مالك :][2] والعنين[3] الذي يؤجل[4] هو المعترض عن امرأته ـ وإن أصاب غيرها من حرة أو أمة ـ يضرب له السلطان أجل سنة من يوم ترافعه ، وقاله عمر وابن مسعود[5] ، فإن لم يصبها في الأجل فإما رضيت بالمقام وإلا فرق بينهما بتطليقة[6] واعتدت ولا رجعة له[7] ، ولها جميع الصداق لطول المدة ، قال[8] مالك ،

---

(١) انظر : المدونة (٢/٢٦٣) ، وإنما قال هذا يحيى بن سعيد ، وكذلك ربيعة ، فيمن تزوج امرأة وهو غني ، ثم احتاج بعد ذلك .

(٢) سقطت من ز و ق .

(٣) العنين عند الفقهاء على قسمين : عنّة خلقية ، وهي صغر الذكر جداً ، بحيث لا يتأتى معه جماع ، وهذا حكمه حكم الخصي والمجبوب . الثاني : عنة مرضية ، وهي الاعتراض ، وهو عدم انتشار الذكر أو عدم القدرة على الوطء العارض ، فهو بصفة من يمكنه الوطء ، وربما كان قد وطئ قبل ذلك ، وربما اعترض عن امرأة ، ولم يعترض عن أخرى ، والكلام هنا عن عنة الاعتراض . انظر : المعونة (٢/٧٧٥) ، الجواهر الثمينة (٢/٦٨) .

(٤) في ز : يؤجل له .

(٥) انظر : مصنف عبد الرزاق (٣/٣٣١ ـ ٣٣٢) ، باب كم يؤجل للعنين .

(٦) في ز : بطلقة واحدة .

(٧) في ك : له عليها .

(٨) في ك : قاله مالك .

وقال قوم[1]: لها نصفه ، وأنا[2] أرى لها نصفه إذا طلقها هو بقرب البناء ، وإذا قال المعترض في الأجل : جامعتها ، دُيّن[3] وحلف ، فإن نكل حلفت وفرق بينهما ، فإن نكلت بقيت [له][4] زوجة ، وتوقف فيها مالك مرة[5] إذ نزلت [بالمدينة][6]، وأفتى غيره[7] بالمدينة أن تجعل الصفرة في قبلها ، وقال ناس[8]: يجعل النساء معها .

[قال ابن القاسم :][9] ومن تزوج امرأة فوطئها مرة واحدة في ذلك النكاح ، ثم اعترض عنها أو حدث له ما منعه الوطء من علة أو زمانة فلا حجة لها ، وقد تقدم

---

(١) المراد بالقوم : عبد العزيز بن أبي سلمة ومن وافقه . انظر : التقييد (٢/٢٣٦) .

(٢) الكلام هنا لمالك . انظر : المدونة (٢/٢٦٤) .

(٣) بمعنى صُدّق . انظر : التقييد (٢/٢٣٦) .

(٤) سقطت من ق و ز و ك .

(٥) توقف مالك قبل قوله الأخير ، وهو أنه يدين ويحلف . انظر : المدونة (٢/٢٦٣) ، التقييد (٢/٢٣٦) .

(٦) سقطت من هـ و ق و ز .

(٧) المراد بغيره هنا : ابن أبي ذئب ، وابن أبي يسرة ، فقد قالا : يلطخ ذكره بزعفران ، فإذا فرغ أدخل إليها امرأتان عدلتان ، فإن وجدتا الزعفران في فرجها داخل فرجها صدق . انظر : النوادر والزيادات (٤/٥٣٨) .

(٨) ممن قال بذلك : محمد بن عمران ، فقد قال : يخلى معها ، ثم يخرج وتلازمها امرأتان ، فإن تطهرت صدق ، وإن لم تغتسل فهي مصدقة . وهناك قول رابع : أنه يخلى معها ويكون عدلان خارجاً ، فإن خرج إليهما بقطنة فيها نطفة صدق . وهذه كلها أقوال قيلت في هذه المسألة عندما نزلت بالمدينة . انظر : النوادر والزيادات (٤/٥٣٨) ، التقييد (٢/٢٣٦) .

(٩) سقطت من ك .

في الجزء الأول[1] ذكر امرأة الخصي والمجبوب والعنين ، تعلم به فتتركه ثم ترافعه .

ويجوز ضرب[2] ولاة المياه وصاحب الشرطة الأجل للعنين [والمعترض][3] والمفقود .

ومن تزوج امرأة فوصل إليها ثم طلقها ثم نكحها ثانية فاعترض عنها ، فلها مرافعته وضرب الأجل .

[في الطلاق على المجنون]

[قال مالك :][4] وإذا حدث بالزوج جنون بعد النكاح عزل عنها وأجل سنة لعلاجه ، فإن صح وإلا فرق بينهما ، وقضى به عمر بن الخطاب[5].

وقال ربيعة : إن كان يؤذيها ولا يعفيها من نفسه لم تجلس عنده ، وإن لم يرهقها بسوء صحبته لم يجز طلاقه إياها[6].

[في الطلاق على الأجذم]

قال مالك : والأجذم[7] البين الجذام يفرق بينه وبين امرأته إذا طلبت ذلك .

قال ابن القاسم : فإن كان ممن يرجى برؤه في العلاج وقدر على علاجه ، فليضرب له الأجل .

---

(١) يريد كتاب النكاح الأول . انظر : (ص ١٧٩) من هذا الجزء .

(٢) أي ويجوز ضرب الأجل لهؤلاء من قبل والي المياه وصاحب الشرطة بدل القاضي .

(٣) سقطت من ق و ك و ز .

(٤) سقطت من ز .

(٥) انظر : مصنف عبد الرزاق (٧/٧٨) باب المجنون والموسوس . المدونة (٢/٢٦٦) .

(٦) انظر : المدونة (٢/٢٦٦) ، وحاشية الدسوقي (٢/٢٧٩) ، والشرح الصغير (٢/٤٦٩) .

(٧) في هـ : والمجذوم .

[في اختلاف الزوجين في متاع البيت]

وإذا اختلف[1] في متاع البيت زوجان عند طلاق أو خلع أو لعان أو فراق ، بإيلاء أو غيره ، أو ماتا أو أحدهما فاختلف الورثة ، والزوجان حران أو عبدان ، أو أحدهما عبد أو مكاتب والآخر حر ، أو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً ، فإن لم تقم[2] بينة قضي للمرأة بما يعرف أنه للنساء ، وللرجل بما يعرف [أنه][3] للرجال أو للرجال والنساء ؛ لأن البيت بيته .

وما ولي الرجل شراءه من متاع النساء وأقام بذلك بينة أخذه بعد[4] يمينه أنه ما اشتراه إلا لنفسه ، إلا أن يكون لها أو لورثتها بينة أنه اشتراه لها . وما كان في البيت من متاع الرجل فأقامت المرأة فيه بينة أنها اشترته فهو[5] لها ، وورثتها في البينة واليمين بمنزلتها ، إلا أنهم [إنما][6] يحلفون على علمهم أنهم لا يعلمون أن الزوج اشترى هذا المتاع الذي يدعي من متاع النساء ، ولو كانت المرأة حلفت على البتات[7]. وورثة الرجل بهذه المنزلة .

---

(١) في هـ : وإذا اختلف الزوج والزوجة في متاع البيت وهما زوجان .

(٢) في ك : يقيما بينة .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ق : مع يمينه .

(٥) في ز : قضي لها به .

(٦) سقطت من ز .

(٧) معنى قوله : « حلفت على البتات » أي على القطع ، فلا يكفيها أن تحلف بنفي العلم أن الزوج اشتراه ، وإنما تحلف على القطع أنها هي اشترته .

والمتاع الذي يعرف للنساء هو مثل : الطست والتور[1] والمنارة[2] والقباب والحجال والأسرَّة والفرش والوسائد والمرافق والبسط وجميع الحلي ، إلا السيف والمنطقة وخاتم الفضة فإنه للرجل ، وللرجل جميع الرقيق ذكراناً وإناثاً ، وأما أصناف الماشية وما في المرابط من خيل أو بغال أو حمير [فلمن حازها][3].

ومن أقام بينة فيما يعرف للآخر كان له ، ولا أبالي في هذا الاختلاف كانت رقبة الدار لأحدهما[4] أو لغيرهما . وإن اختلفا في الدار بعينها[5] كانت للرجل ، وليس على المرأة من خدمتها وخدمة بيتها شيء .

[في القسم بين الزوجات ومقام الرجل عند البكر والثيب]

[6] والقسم بين الزوجات يوم بيوم لا أكثر ، ويعدل في المبيت . وإن نكح بكراً أو ثيباً أقام عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثاً .

قال ابن القاسم : وذلك حق لهما[7] لازم دون نسائه ، ثم يأتنف القسم ، وليس

(١) التور : هو إناء من نحاس قيل : وهو الإبريق . انظر : التقييد (٢/٢٣٩) .

(٢) المنارة : التي يوضع عليها السراج . انظر : المصباح (٦٣٠) .

(٣) سقطت من ز . وفي ق : فلمن حاز بها .

(٤) في ز : لهما أو لأحدهما أو لغيرهما .

(٥) في ز : نفسها .

(٦) في ك : قال مالك .

(٧) في هـ : لها .

ذلك بيد الزوج ، وذكر أشهب عن مالك أن ذلك بيد الزوج[1] .

وإن سافر لحاجة أو حج أو غزو ، سافر بأيتهن[2] شاء بغير قرعة[3] إذا كان على غير ضرر ولا ميل ، وإن كانت القرعة ففي الغزو ، لما روي أن النبي ﷺ فعله فيه[4] . وإذا قدم ابتدأ القسم ، ولا يقاص التي كانت معه ، ولو سافرت إحداهن للحج أو لضيعتها وأقام الزوج ، لم تحاسبه بما سافرت وابتدأ القسم . وإن تعمد المقام عند واحدة منهن شهراً حيفاً ، لم يحاسب به وزجر عن ذلك[5] وابتدأ العدل ، فإن عاد نُكّل[6] ، كالعبد المعتق نصفه يأبق لا يحاسب[7] بخدمة ما أبق فيه .

---

(١) وقول ابن القاسم في روايته عن مالك هو المعتمد في المذهب للحديث الوارد في ذلك : « للبكر سبع وللثيب ثلاث »، رواه مسلم (١٤٦٠) كتاب الرضاع . ووجه رواية أشهب أنه معنى يعود إلى الالتذاذ فكان حقاً له غير مستحق عليه كعدم الوطء . انظر : المدونة (٨١٩/٢) .

(٢) في ز : بأيتهما . وفي ك : بأيتها شاء .

(٣) المعتمد في المذهب في شأن القرعة في السفر أن السفر المباح قسمان : سفر قربة كالحج والغزو فتلزم فيه القرعة بين الزوجات ويخرج بأيتهن خرج عليها السهم ؛ لأن الرغبات تعظم في العبادات . والثاني سفر للتجارة ونحوها فهذا لا تلزم فيه القرعة ، بل يختار أيتهن شاء للخروج معه . وهذا التفصيل هو اختيار ابن القاسم من أقوال أربعة في المذهب هذا أولها ، وثانيها أن له أن يختار مطلقاً ، وثالثها القرعة مطلقاً ، ورابعها : القرعة في الغزو فقط . انظر : الشرح الصغير (٥١١/٢) ، المعونة (٨١٧/٢) ، حاشية الدسوقي (٣٤٣/٢) .

(٤) وذلك في الحديث الصحيح عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ كان إذا أراد أن يخرج إلى سفر أقرع بين أزواجه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه . رواه البخاري (٥٢١١) كتاب النكاح باب القرعة بين النساء إذا أراد السفر .

(٥) في هـ : لم تحاسب بذلك وزجر عن ذلك . وفي ك : لم تحاسب به وزجر عن ذلك .

(٦) نكّل : أي عوقب ومنع من ذلك . انظر : اللسان (٢٨٨/١٤) .

(٧) في ك و هـ : لا يقاص .

[فيما يجوز من الصلح بين الزوجين على ترك المعاشرة]

وإذا رضيت امرأة بترك أيامها أو بالأثرة عليها على أن لا يطلقها جاز ، ولها الرجوع متى شاءت ، فإما عدل أو طلق ، وقد قال الله تعالى : ﴿ فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً ﴾[١]، ولو شرط في عقد النكاح أن يؤثر عليها أو على أن لا مبيت لها فسخ قبل البناء وثبت[٢] بعده وبطل الشرط .

وليس عليه المساواة في الجماع [ولا بالقلب][٣] .

[فيما لا يجب فيه القسم]

ولا حرج عليه في أن ينشط للجماع في يوم هذه دون يوم الأخرى ، إلا أن يفعل ذلك لضرر أن يكف عن هذه لوجود لذته في الأخرى ، فلا يحل له ذلك .

[فيمن ترك الجماع لأجل تبتل ونحوه من غير ضرر]

ومن سرمد العبادة وترك الوطء ، لم ينه عن تبتله ، وقيل له : إما وطئت أو فارقت إن خاصمته ، وكذلك إن ترك الجماع لغير ضرر[٤] ولا علة ، إلا أن ترضى المرأة بالمقام على ذلك .

[في التسوية في القسمة بين الزوجات على اختلاف أحوالهن وأديانهن]

وقسم الحر والعبد بين نسائه المسلمات الحرائر والإماء الكتابيات سواء ،

---

(١) سورة النساء ، الآية (١٢٨) .

(٢) في ز : ويثبت .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ق : ضرورة .

والقسم بين صغيرة جومعت أو كبيرة[1]، صحيحة [أو مجنونة][2]، أو بإحداهن رتق أو داء أو مرض لا تجامع معه أو حيض ، سواء ، لكل واحدة منهن يومها[3].

ويقسم المريض بين نسائه بالعدل إن كان مرضاً يقدر أن يدور عليهن فيه ، فإن لم يقدر أقام عند أيتهن شاء لإفاقته ما لم يكن حيفاً ، فإذا صح ابتدأ القسم .

[في أم الولد مع الحرة ، وقسمة من لا يقدر على الجماع]

وليس لأم ولد مع حرة قسم ، وجائز أن يقيم عند أم ولده ما شاء مالم يضار .

والمجبوب ومن لا يقدر على الجماع يقسم من نفسه بالعدل إذ له أن يتزوج [4].

* * *

* *

*

---

(١) في ز : أو صغيرة .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في هـ : كل واحدة بيومها .

(٤) في ق زيادة : تم الكتاب بحمد الله وعونه .

[بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً][1]

« كتاب النكاح الثالث »

[في جمع حرتين في عقدة واحدة ، أو حرة وأمة]

ولا بأس أن يتزوج الرجل امرأتين في عقدة واحدة إذا سمى لكل واحدة صداقها ، وإن أجملهما في صداق [واحد][2] لم يجز .

قيل : فما لهما إن مات أو طلق قبل البناء .

قال : نكاحهما غير جائز[3] .

وإذا نكح أمة وحرة في عقدة وسمى صداق كل واحدة ، قال مالك : يفسخ نكاح الأمة ، ويثبت على الحرة[4] ، ثم قال[5]: إن علمت الحرة جاز ولا خيار لها ، وإن لم تعلم خيرت بين أن تقيم أو تفارق .

---

(١) سقطت البسملة والصلاة على النبي ﷺ من هـ .

(٢) سقطت من ك و ز و ق .

(٣) وقد علل عدم الجواز في المدونة بالغرر ، وذلك في قوله : لأنه لا يدري ما صداق هذه من صداق هذه . انظر : المدونة (٣٧٣/٢) .

(٤) في ز : ويثبت نكاح الحرة .

(٥) صرح في المدونة أنه رجع عن القول الأول إلى القول الأخير ، وذلك بقوله : كان مالك مرة يقول بفسخ نكاح الأمة ، ويثبت نكاح الحرة ، ثم رجع فقال : إن علمت الحرة . . . إلخ . وهذه المسألة تقدمت في كتاب النكاح الأول . انظر : المدونة (٢٧٣/٢) ، و(ص ١٧١) من هذا الجزء .

[في نكاح الأم وابنتها في عقدة واحدة]

ومن نكح أماً وابنتها في عقدة [واحدة][1] ثم تبين[2] أن للأم زوجاً ، فسخ نكاحهما ولم يثبت نكاح الابنة ، كصفقة جمعت حلالاً وحراماً ، وكذلك إن لم يكن للأم زوج فلا بد من فسخه ، وليس له حبس إحداهما وفراق الأخرى ، ثم ينكح بعد ذلك من شاء منهما إن كان لم يبن بهما[3] قبل الفسخ . وقيل[4]: لا تتزوج الأم للشبهة في البنت .

قال ابن القاسم : وإن كان قد بنى بهما قبل الفسخ حرمتا عليه للأبد ، ولو بنى بواحدة منهما فسخ نكاحهما[5] وخطب التي بنى بها بعد الاستبراء أماً كانت أو بنتاً ولم تحل له الأخرى أبداً .

[فيمن تزوج امرأة ثم تزوج ابنتها قبل أن يدخل بها]

ومن تزوج[6] امرأة فلم يبن بها حتى تزوج ابنتها وهو لا يعلم فدخل بالابنة ، فارقهما جميعاً ، ولا صداق للأم ، ويتزوج الابنة ـ إن شاء ـ بعد ثلاث حيض أو وضع حمل ، وتحرم عليه الأم للأبد ؛ لأنها صارت من أمهات نسائه .

---

(١) سقطت من ز و ق و هـ .

(٢) في ز : ثم تبين له .

(٣) في ك : بها .

(٤) القائل بذلك عبد الملك ابن الماجشون ، والمشهور المعتمد هو الأول . انظر : التقييد (٢/٣٤٨) ، وحاشية الدسوقي مع الدردير (٢/٢٥٤) .

(٥) في ك و ق : فسخا . وفي ز : فسخ النكاح .

(٦) في ق : ومن نكح .

وإن كان نكاح البنت حراماً فالحرمة تقع فيه ، كما يثبت فيه النسب والصداق ويدفع الحد[1] ، وإن نكح الأم آخراً وهو لا يعلم ، فبنى بهما أو بالأم خاصة فارقهما [جميعاً][2] وحرمتا عليه للأبد . ولا صداق للابنة إن لم يبن بها وإن كان الفسخ من قبله ؛ لأنه لم يتعمده[3] ، وإن لم يبن بالآخرة ثبت على الأولى أماً كانت أو بنتاً دخل بها أم لا ، ويفسخ نكاح الثانية ، ومحمل الجدات في التحريم محمل الأمهات ، ومحمل بنات البنات وبنات الأبناء محمل البنات .

ومن وطئ امرأة أو قبَّل أو باشر أو نظر للذة ، بملك [يمين][4] أو نكاح صحيح أو فاسد أو حرام[5] بشبهة أو في عدة ، فإنها تحرم على آبائه وأبنائه ، وتحرم عليه ابنتها بنكاح أو بملك ، فإن تزوجها في عدة فلم يبن بها حتى تزوج أمها أو أختها ، أقام على نكاح الثانية[6] ؛ لأن نكاح المعتدة غير منعقد ، وهي تحل لآبائه وأبنائه ما لم يلتذ بها .

[فيمن وطئ أم امرأته أو ابنتها بزنا أو بنكاح]

قال مالك : ومن زنى بأم امرأته أو بابنتها[7] حرمت عليه

---

(١) في هـ و ك : ويدفع فيه الحد .

(٢) سقطت من ز و هـ و ك .

(٣) في ك : إن لم يبن بها لأنهما مغلوبان عليه ، وإن لم يبن بالآخرة .

(٤) سقطت من ك و ز و هـ .

(٥) كأن يكون نكحها غير عالم على سبيل الخطأ .

(٦) في ز : البائنة .

(٧) في هـ : أو ابنتها .

زوجته[1]، وقال في موطئه : لا يحرم الزنا حلالاً[2]، وأصحابه على ما قال في الموطأ[3] لا اختلاف بينهم فيه[4]، وكذلك من تزوج أم امرأته عالماً فوطؤه إياها تحريم للابنة في أحد قوليه[5] ويحد ، إلا أن يعذر بجهالة فلا يحد ، ويلحق به الولد ، وهذا آكد في[6] التحريم[7] من[8] الزنا للحوق النسب وزوال الحد .

[فيما تقع به الحرمة]

ومن تزوج امرأة بنكاح صحيح ، أو في إجازته اختلاف ، حرمت بالعقد دون الوطء على آبائه وإن بعدوا ، وأبنائه وإن سفلوا بنسب أو رضاع ، وحرمت عليه

---

(١) قوله : حرمت عليه زوجته : متعقبة على أبي سعيد ، فإنها ليست في المدونة ، ولفظ المدونة : أرأيت إن زنى بأم امرأته أو ببنتها أتحرم عليه امرأته في قول مالك ؟ قال : قال لنا مالك : يفارقها ولا يقيم عندها . قال الزرويلي : وذلك على وجه الكراهة ، وكذلك هو مذكور في غير المدونة . انظر : المدونة (٢/٢٧٧) ، التقييد (٢/٣٤٨) .

(٢) انظر : الموطأ (٢/٥٣٤) كتاب النكاح باب نكاح الرجل أم امرأة قد أصابها على وجه يكره .

(٣) في هـ و ك : وأصحابه على ما في الموطأ . وفي ز : على ما في موطئه .

(٤) وهو المعتمد في المذهب . انظر : الشرح الكبير للدردير (٢/٢٥١) ، وجواهر الإكليل (١/٢٨٩)، والفواكه الدواني (٢/١٩) .

(٥) قولي مالك هنا هما نفس القولين اللذين في الزنا بأم الزوجة ؛ لأن من تزوج بأم امرأته وهو عالم يكون زانٍ لذلك يحد ، والحد لا يكون إلا في الزنا الذي لا شبهة فيه . وقد تقدم معنا أن المعتمد هي رواية مالك في الموطأ أن الزنا لا يُحرِّم . انظر : حاشية الدسوقي (٢/٣٥٣) .

(٦) في ز : من .

(٧) أي إذ كان غير عالم ؛ لأنه هنا يكون نكاحاً محرّماً بشبهة ، وقد تقدم أن المعتمد فيه أنه يحرم ويثبت فيه النسب ويدرأ فيه الحد فهو أقرب إلى النكاح الصحيح منه إلى الزنا .

(٨) في ك و هـ : في التحريم به من .

أمهاتها ، ولا تحرم عليه ابنتها بالعقد على الأم دون وطءٍ أو التـذاذ ، وأما إن تـزوج ذات محرم أو رضاع أو معتدة لم تحرم بالعقد فقط .

ومن زنى بامرأة أو تلذذ منها حراماً حرمت عليه أمها وابنتها ، وتحرم [هي][1] على آبائه وأبنائه وإن كانت في عصمة أحدهما في أحد قولي مالك[2].

[فيمن جمع بين من لا يجوز الجمع بينهن ، أو تزوج من تحرم عليه من الرضاعة]

ومن تزوج أختاً بعد أخت فلم يبن بهما أو بنى بإحداهما أو بهما فليثبت على الأولى ويفارق الآخرة فسخاً بغير طلاق ، وكذلك كل من يحرم الجمع بينهن ممن يجوز [له][3] نكاح إحداهما بعد صاحبتها ، وللمدخول بها المسمى أو المثل إن لم يسم ، وكذلك من تزوج أخته من الرضاعة ففرق بينهما بعد البناء فلها المسمى .

وإن نكح أختين في عقدة ولم يعلم هو ولا هما بذلك فلم يبن بهما أو بنى بإحداهما أو بهما ، فليفارقهما وينكح أيتهما شاء بعد استبرائها إن مسها ، ولا خيار له في حبس إحداهما .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) قد تقدم معنا أن القول المعتمد من قولي مالك في هذه المسألة أن الزنا لا يُحَرِّم . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٢٥١) ، وجواهر الإكليل (١/٢٨٩) ، والفواكه الدواني (٢/١٩) .

(٣) سقطت من ز .

[في الجمع بين الأختين من الإماء]

ومن وطىء أمة[1] بملك ثم تزوج أختها لم يعجبني ذلك[2]، إذ لا يجوز [له][3] أن ينكح إلا في الموضع[4] الذي يجوز له الوطء فيه ، إلا أنه لا يفرق بينه وبين امرأته ، ويوقف عنهما حتى يحرم أيتهما شاء .

قال سحنون : وقد قال عبدالرحمن[5]: إن النكاح لا ينعقد ،وهو أحسن قوليه[6].

قال أشهب في كتاب الاستبراء[7]: عقد النكاح تحريم للأمة[8] كان يطؤها أم لا .

ومن باع أمة وطئها ثم تزوج أختها فلم يطأها حتى اشترى المبيعة [لم يطأ إلا الزوجة ، والعقد ها هنا كالوطء في الملك .

ومن اشترى أختين فوطئ إحداهما فلا يطأ الأخرى حتى يحرم فرج التي وطئ ،

---

(١) في ك : أمته بالملك .

(٢) قوله : لم يعجبني ذلك ، بمعنى التحريم . انظر : حاشية الدسوقي (٢/٢٥٧) .

(٣) سقطت من ز و ق .

(٤) في ز : المواضع .

(٥) يريد عبد الرحمن بن القاسم ، والمعتمد هو الأول ، أنه يوقف حتى يحرم أيتهما شاء . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٢٥٧) .

(٦) تحصيل المذهب في الجمع بين الأختين بنكاح وملك يمين أن ذلك على صورتين : الصورة الأولى أن يسبق النكاح الملك فلا يحل له الوطء بالملك ، فإن وطئ الأمة أو تلذذ بها كان بمنزلة واطئ الأختين فيوقف عنهما حتى يحرم واحدة منهما . الصورة الثانية : أن يسبق الوطء بالملك وحكمها أيضاً : أن يوقف عنهما حتى يحرم أيتهما شاء . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢/٢٥٧)، منح الجليل للشيخ عليش (٣/٣٤٢) .

(٧) يقصد كتاب الاستبراء من المدونة. انظر : المدونة (٣/١٤٠). أما كتاب الاستبراء من التهذيب فلم يذكر فيه البراذعي قول أشهب هذا، وإنما اكتفى بذكره هنا كما هو عادته في عدم التكرار .

(٨) في ك : الأمة .

فإن باع التي وطئ ثم وطئ الباقية ثم اشترى المبيعة ، تمادى على وطء الباقية ، وإن لم يطأ الباقية حتى اشترى المبيعة][1] وطئ أيتهما شاء ، ولو أنه حين وطئ إحداهما وثب على الأخرى فوطئها قبل أن يحرم عليه التي[2] وطئ ، وقف عنهما[3] حتى يحرم أيتهما شاء ، [فإن حرم التي وطئ أخيراً تمادى على وطء الأولى ، فإن حرم الأولى فلا يطأ الثانية حتى يستبرئها ؛ لأن وطأها كان فاسداً][4].

ومن اشترى أختاً بعد أخت فله أن يطأ الأولى أو الآخرة . فأما من[5] تزوج امرأة فلم يمسها حتى اشترى أختها فليقم على وطء الزوجة ، ولا يطأ التي اشترى حتى يفارق امرأته ، فإن وطئ المشتراة كفّ عن الزوجة حتى يحرم فرج الأمة ولا يفسدها هنا النكاح على كل حال .

[فيمن زوج أم ولده ثم اشترى أختها]

ومن زوج[6] أم ولده ثم اشترى أختها فوطئها ثم رجعت إليه أم الولد ، أقام على وطء الأمة ، ولو ولدت منه الأمة ثم زوجها وأختها ثم رجعتا إليه جميعاً وطئ أيتهما شاء ، إلا أن يطأ أولاهما رجوعاً ، وما وجب في أُخْتَي النسب وجب مثله في أختي الرضاعة في هذا ، وكثير من هذا المعنى في كتاب الاستبراء[7].

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٢) في ك : فرج التي .

(٣) في ز و ك : عنها .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ق و هـ ، والمثبت من ك .

(٥) في ك : فأما إن .

(٦) في ز : تزوج .

(٧) سيأتي كتاب الاستبراء في آخر هذا الجزء ، وهو آخر كتب الأنكحة وما يتعلق بها .

[في ما يحل وما يحرم من الجمع بين النساء][1]

ومن طلق امرأته طلاقاً بائناً فله تزويج أختها في عدتها ، وكذلك خامسة في عدة رابعة مبتوتة ، وإن طلقها تطليقة فادعى أنها أقرت بانقضاء العدة ، وذلك في أمدٍ تنقضي العدة في مثله فأكذبته ، فلا يصدق في نكاح الخامسة ، أو الأخت ، أوقطع النفقة والسكنى ؛ لأن القول في العدة قولها ، فإن نكح الأخت أو الخامسة ، فسخ الثاني إلا أن يأتي هو على قولها ببينة[2] أو بأمر يعرف به انقضاء العدة .

ولا يجمع بين الأختين من نسب أو رضاع ، ولا بين المرأة وبنات أختها ولا بنات أخيها ، أو مع بنات بنيها[3] الذكور[4] والإناث من نسب أو رضاع .

قال ابن شهاب[5] : ولا بينهما وبين من لأبيها أو لأمها من عمة أو خالة في عصمة نكاح ولا في وطء بملك أو بنكاح وملك ، و[6] يجمع بينهن في الرق ، فإن وطئ إحداهما لم يطأ الأخرى حتى يحرم فرج التي وطئ .

قال ابن القاسم : ومن وطئ[7] أمة له أو لولده فلم تحمل وامرأته أم لها ،

---

(١) قال العلماء : كل امرأتين لو فرضنا كون كل واحدة منهما ذكرا من الطرفين لم يجز له أن يتزوج الأخرى ، فإن الجمع بينهما حرام ، وكل امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لجاز له أن يتزوج الأخرى ، فالجمع بينهما جائز . انظر : المعونة (٢/٨٠٧) ، حاشية الدسوقي (٢/٢٥٢) .

(٢) في ز : أو بيمينه .

(٣) في ك : أو مع بنات بنات بنيهم . وفي هـ : أو مع بنات بنيهم .

(٤) في هـ : من الذكور .

(٥) انظر : المدونة (٢/٢٨٤) .

(٦) في ز : أو يجمع .

(٧) في ز : تزوج .

حرمت عليه امرأته ؛ لأنه[1] ممن لا حد عليه فيها . وهذا لا اختلاف[2] فيه ، فإن حملت منه الأمة عتقت عليه ، وكذلك من ملك ذات محرم منه فوطئها فحملت منه ، فإنه لا يحد وتعتق عليه ، و[3] حرم عليه ما كان له فيها من المتعة .

قال يحيى بن سعيد : لا ينكح الرجل بنت ابن امرأته ولا بنت ابنتها من غيره ولا شيئاً من أولادهما وإن بعدن منها .

[في ما جاء في الإحصان والإحلال]

[قال ابن القاسم][4]: والصغيرة التي يجامع مثلها تحصن واطئها بنكاح ولا يحصنها ، ولكنه يحلها . والمجنونة المغلوبة على عقلها تحصن واطئها ولا يحصنها . وقال بعض الرواة : يحصنها[5] ؛ لأنها بالغ مسلمة ونكاحها حلال .

وإذا لم يحتلم الصبي ومثله يقوى على الجماع ، فزوجه أبوه أو وصيه امرأة فبنى بها وجامعها لم يحصنها ولا يحلها ، ولا يجب بوطئه مهر ولا عدة إن بارى[6] عنه أب أو وصي ، وتقع الحرمة بعقد نكاحه بين آبائه وأبنائه وبين هذه المرأة .

---

(١) في ز : لأنها .

(٢) في ك : وهذا مما لا اختلاف .

(٣) في ك و هـ : إذ حرم . وفي ز : ما حرم .

(٤) سقطت من ز و هـ و ق .

(٥) يريد ابن الماجشون وأشهب ، إلا أن ابن الماجشون قال : يحصنها وتحصنه ، وأشهب قال : يحصنها ولا تحصنه ، عكس قول ابن القاسم هنا في المدونة . والمعتمد قول ابن القاسم . انظر : التقييد (٢/٢٥٤) ، والنوادر والزيادات (٤/٥٨٣) .

(٦) يريد أنه لا مهر على الصبي في هذه الحالة إن صالحها الأب أو الوصي على وجه يبرئها منه . انظر : المدونة (٢/٢٨٦) .

ولا حد على كبيرة زنت بصغير لم يبلغ ، وإن تزوج الحرة عبد[1] أذن له سيده في النكاح ، أو خصي قائم الذكر أو مجنون[2] فوطئها قبل علمها به ، لم يحلها ولا[3] أحصنها ، ولها الخيار حين تعلم به ، فإن وطئها بعد علمها به ورضاها أحلها وأحصنها ولا خيار لها . ولا يحصن المرأة ولا يحلها مجبوب إذ لا يطأ ، ويحصن الحرَّ وطء الأمة المسلمة أو الحرة الكتابية بنكاح صحيح ، والأمة المسلمة والحرة الكتابية يحلهن وطء العبد والحر المسلم بنكاح ، ولا تكونان به محصنتين حتى توطأ هذه بعد إسلامها وهذه بعد العتق . والعبد لا يحصنه ذلك حتى يطأ بعد عتقه ، والوطء بعد عتق أحدهما يحصن المعتق منهما .

قال مالك : ومن بنى بزوجته ثم طلقها فادعت المسيس وأنكره لم يحلها ذلك لزوج كان طلقها إلا بتقاررهما[4] على الوطء .

قال ابن القاسم : أما في الإحلال فلا أمنع المطلق[5] منها ، وأدينها[6] ، وأخاف [أنَّ][7] إنكار الزوج ليضر بها في نكاحها[8]، ولا يكون الرجل محصناً ؛

---

(١) في هـ و ك : وإن تزوجت الحرة عبداً .

(٢) في ز و هـ : أو مجبوباً . وفي ك : أو مجنوناً .

(٣) في ك : ولم يحصنها .

(٤) في ك : إلا بتقريرهما .

(٥) وقول مالك هو المعتمد . قال الزرويلي : وقول مالك أحسن ؛ لأنها محرمة بيقين فلا تحل إلا بيقين . وقال محمد بن سحنون : وقول مالك أحب إلي إلا في تهمة ظاهرة من الزوج وما يدل على تكذيبه. انظر: التقييد (٢/٢٥٥)، النوادر والزيادات (٤/٥٨٥)، الفواكه الدواني(٢/٣٠).

(٦) أدينها : بمعنى أصدقها .

(٧) سقطت من ز .

(٨) قول ابن القاسم أنه يخاف أن يكون الزوج قصد إضرارها معارض بأنها هي أيضاً يخاف أن تكون ادعت الوطء لأجل أن تحل لزوجها الأول ، ولعل هذا الذي جعل مالكاً يشترط تصادقهما معاً .

لأنها[1] لا تصدق عليه في الإحصان ولا تكون [هي][2] بذلك محصنة إن زنت[3] .

قال غيره[4]: ولها أن تسقط ما أقرت به من الإحصان[5] قبل أن تؤخذ في زنا أو بعد ما أخذت فتقول أقررت لأخذ الصداق .

[فيمن أقر بجماع امرأته من عنين أو غيره وأنكرته]

ومن أقر بجماع امرأته من عنين أو غيره وأنكرت هي ذلك ثم طلقها ألبتة ، كانت مخيرة في أخذ الصداق أو تركه ، ولا تكون بذلك محصنة إلا بأمر يعرف به المسيس بعد النكاح ، وإن أقامت امرأة مع زوجها عشرين سنة ثم أخذت تزني[6]، ثم قالت : لم يكن [الزوج][7] جامعني ، والزوج مقر بالجماع ، فهي محصنة والحد واجب لا يزيله إنكارها . وقال غيره[8]: لدفعها حداً قد وجب [عليها][9] ولم يكن منها قبل ذلك دعوى .

---

(١) في ز : فإنها .

(٢) سقطت من ز .

(٣) أي بعد رجوعها عن الإقرار كما تفسره الجملة التي بعده .

(٤) قاله أبو الحسن بن القابسي . انظر : التقييد (٢/٢٥٥) .

(٥) في ق زيادة بعد قوله : من الإحصان . وهي : ولا تكون هي محصنة .

(٦) في ك : أخذت بزنا .

(٧) سقطت من هـ .

(٨) في المدونة : وكذلك يقول غيره : فإذا كان يريد نسبة القول لمن قال به مع ابن القاسم ، فإنه يكون قصد (بغيره) : ابن عبد الحكم كما في النوادر والزيادات ، وإن كان يقصد نسبة التعليل كما هو ظاهر عبارة التهذيب ، فإن سياق المدونة يوحي بأن التعليل قد يكون من سحنون نفسه . انظر : المدونة (٢/٢٨٩) ، النوادر والزيادات (٥/٥٨٥ ـ ٥٨٦) .

(٩) سقطت من ز و هـ و ق .

ومن تزوج امرأة فلم يدخل بها حتى مات ، فادعت أنه طرقها ليلاً فجامعها لم تصدق ، ولا يحلها ذلك ، ولا يحصنها إلا بدخول يعرف ، وهي مثل الأولى[1] ولها طرح ما ادعت .

[في إحصان المرتد وأيمانه]

[قال ابن القاسم :][2] والردة تزيل إحصان المرتد من رجل أو امرأة ، ويأتنفان الإحصان إذا أسلما ، ومن زنا منهما بعد رجوعه إلى الإسلام وقبل تزويجه لم يرجم ، وإن ارتد وعليه يمين[3] بالله أو بعتق أو ظهار فالردة تسقط ذلك عنه .

وقال غيره[4]: لا تطرح ردته إحصانه في الإسلام ، ولا أيمانه [بالطلاق][5]،

---

(١) الأولى : يقصد بها التي بنى بها زوجها وادعت المسيس ، والتي قال فيها : ولها أن تسقط ما أقرت به من الإحصان ، وهذه لها أيضاً أن تطرح ما ادعت به من المسيس ، وهذا هو وجه الشبه بينهما ، أي حقهما في الرجوع عن الإقرار .

(٢) سقطت من ز و هـ و ك .

(٣) في ك : أيمان .

(٤) يريد به أشهب ، وسبب الخلاف بينهما في هذه المسألة هل يحمل المطلق على المقيد أم لا ؟ وذلك أنه ورد في القرآن ما ظاهره أن مطلق الكفر يحبط العمل ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ لئن أشركت ليحبطن عملك ﴾ ، وورد في آية أخرى تقييد إحباط العمل بالموت على الكفر ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم ﴾ ، فرأى أشهب حمل المطلق على المقيد ، ولم ير ذلك ابن القاسم . قلت : ومذهب أشهب في حمل المطلق على المقيد هو ما عليه جمهور الأصوليين . انظر : التقييد (٢٥٧/٢)، النوادر والزيادات (٥٨٦/٤)، الذخيرة (٣٣٧/٤) .

(٥) سقطت من ز .

ألا ترى أنه لا يتزوج بعد إسلامه امرأة أبتها[١] قبل ردته إلا بعد زوج ، وكذلك إن وطئ مبتوتة قبل ردته [بنكاح][٢] فحلت لمن أبتها ، لم تبطل ذلك ردته .

[فيما يحصن ويحلل من النكاح]

ولا يحصن الزوجين و [لا][٣] يحل المطلقة ثلاثاً ، إلا نكاح[٤] يصح عقده ويصح الوطء فيه[٥] ، ولا يجزئ من الوطء إلا مغيب الحشفة وإن لم ينزل ، ولا يكون بوطء الملك [محصناً][٦] ، وكل نكاح لا يقران عليه وإن رضي الولي ، كمن تزوج ذات محرم منه ، أو حرة زوجت نفسها ، أو أمة زوجت نفسها بغير إذن السيد ، أو تزوج امرأة على عمتها أو خالتها أو أخت امرأته ودخل بهما ، أو بجمعهما[٧] في عقد[٨] [ولم يعلم ذلك كله][٩] ، فلا يحلها ذلك ولا يحصنها . وكذلك[١٠] ما للولي أو لأحد الزوجين فسخه أو إجازته ، كاستخلاف الحرة أجنبياً يزوجها [من رجل][١١] بغير إذن وليها فيدخل بها ، ونكاح العبد بغير إذن سيده فلا يحلها ذلك

(١) في ك : كان أبتها .
(٢) سقطت من ز و هـ و ق .
(٣) سقطت من ز و هـ .
(٤) في ز : إلا بنكاح .
(٥) في ز : به .
(٦) سقطت من ز و هـ و ق .
(٧) في ق : بجميعهما .
(٨) في ك : في عقدة . وفي ز : في عقد واحد .
(٩) في هـ وردت الجملة كالتالي : دخل في ذلك وذلك كله ولم يعلما .
(١٠) في ز و ق : وكل .
(١١) سقطت من هـ .

الوطء ولا يحصنها ، وإنما يحلها ويحصنها إذا وطئها بعد إجازة الولي أو السيد ، وكذلك الزوج في عيوب المرأة ، لا يحلها وطؤه ولا يحصنها قبل علمه بعيوبها حتى يطأها[1] بعد العلم ، وكل وطء أحصن الزوجين أو أحدهما فإنه يحل المبتوتة [2] ، وليس كل ما يحل يحصن ، ولا يحصن إلا مسيس معروف ليس لأحد فسخه ، ولو صح العقد وفسد الوطء ما أحصن ولا أحل كوطء الحائض أو أحدهما معتكف أو صائم [في][3] رمضان أو محرم ، وكل وطء نهى الله عنه [لا يحصن ولا يحل][4] .

قال المغيرة[5]: ولا يحل ما أمر الله به ما نهى عنه[6] .

[في تحليل نكاح النصراني والمحلل]

[قال مالك :][7] والنصرانية يبتها مسلم ، فلا يحلها وطء نصراني بنكاح إلا أن يطأها بعد إسلامه ؛ لأن ذلك ليس بنكاح إلا أن يسلم الزوج وحده أو يسلما جميعاً ، فيثبت النكاح .

وإن طلق الحر زوجته ثلاثاً أو العبد طلقتين ، لم تحل له إلا بعد زوج ، ولا يحلها نكاح المحلل حتى يكون النكاح رغبة غير مدالسة .

---

(١) في ز : ويحصنها بعد العلم .

(٢) وردت هذه الجملة في ز على النحو التالي : فإنه يحل المبتوتة وذلك في الصغيرة والنصرانية والأمة ، ولا يحل ولا يحصن إلا مسيس معروف .

(٣) سقطت من ك .

(٤) سقطت من ز ، وسقطت من ق : لا يحصن .

(٥) المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي تقدمت ترجمته .

(٦) انظر : المدونة (٢/٢٩٢) .

(٧) سقطت من ز وهـ و ق .

قال : قيل لمالك : إنه يحتسب في ذلك . قال : يحتسب في غير هذا[1] .

[في الكافرين يتناكحان بصداق لا يحل في الإسلام ثم يسلمان]

وإن نكح[2] نصراني نصرانية بخمر أو خنزير أو بغير مهر وشرطا ذلك وهما يستحلانه[3] ، ثم أسلما بعد البناء ، ثبت النكاح ، فإن كانت قبضت قبل البناء ما ذكرنا فلا شيء لها غيره . وإن لم تكن قبضته وقد بنى بها فلها صداق المثل ، وإن كان لم يبن بها حتى أسلما ، وقد قبضت ما ذكرنا أو[4] لم تقبض ، خُيِّر بين إعطائها صداق المثل ويدخل بها ، أو الفراق وتكون طلقة ، ويصير[5] كمن نكح على تفويض .

قال غيره[6] : إن قبضته مضى ذلك ولا شيء لها غيره ، بنى بها أو لم يبن .

[في حكم نكاح الكافر للمسلمة]

ولا يطأ الكافر مسلمة بنكاح أو ملك ويُتَقَدم في ذلك إلى أهل الذمة[7] ،

---

(١) انظر : المدونة (٢/٢٩٦) .

(٢) في ك : وإذا تزوج .

(٣) في ز و ق و هـ : وهم يستحلونه .

(٤) في ز : ولو لم .

(٥) في هـ و ز : ويكون .

(٦) لم أقف على تسمية الغير هنا ، وقد نقل الزرويلي أن قوله هو المعروف من المذهب ، وقال ابن محرز : وقول الغير هو المستحسن ، وهو خير من قول ابن القاسم ،وذلك أنهم لا يختلفون في أن النصراني إذا أسلم وله ثمن خمر أو خنزير أن الثمن له حلال ، فالبضع ههنا ثمن الخمر وهو حلال . انظر : التقييد (٢/٢٦١) .

(٧) قال في المدونة : ويتقدم في ذلك لأهل الذمة أشد التقدم . قلت : ولعل المقصود بالتقدم ما نسميه في لغة العصر : الاحتجاج ، أي ويقدم لهم المسلمون احتجاجاً على هذا الفعل ؛ لأن أهل الذمة بينهم وبين المسلمين معاهدة ألا يتزوج كافر مسلمة ، وربما المقصود إبلاغهم بذلك بشكل صارم وحازم قبل وقوع الفعل .

ويعاقب فاعله بعد التقدم [إليه][1] ولا يحد ، [ومن][2] عذر بجهل فلا يعاقب ، وتباع الأمة على مالكها ويفسخ النكاح [وإن أسلم الزوج][3].

قال ربيعة : فإن نكحها وزعم أنه مسلم ، فلما خشي الظهور عليه أسلم وقد بنى بها ، فلها الصداق ويفرق بينهما وإن رضي أهل المرأة[4]، ثم إن رجع إلى الكفر قُتل .

[في أحد الزوجين يسلم ويبقى صاحبه على كفره]

[قال مالك :][5] وإن أسلم مجوسي أو ذمي وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام حينئذ ، فإن أبته وقعت الفرقة بينهما[6]، وإن أسلمت بقيت زوجة[7] ما لم يبعد ما بين إسلامهما ، [وإن بعد انقطعت العصمة بينهما][8]، ولم يحد البعد ، ورأى الشهر وأكثر من ذلك قليلاً ليس بكثير ، فإن أسلمت الزوجة بعد البناء وزوجها مجوسي أو كتابي فلا يعرض عليه الإسلام ، ولكنه إن أسلم في عدتها كان أملك بها ، وليس له ذلك إن انقضت . وإذا وقع الفراق بإسلام أحد الزوجين[9] كان

---

(١) سقطت من ز و ك و هـ .

(٢) سقطت من ز .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في هـ : وإن رضي أهل المرأة بذلك .

(٥) سقطت من ز و هـ و ق .

(٦) في ز : فرق بينهما .

(٧) في هـ : بقيت زوجته .

(٨) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ز و هـ .

(٩) وذلك بأن أسلمت هي وبقي هو على كفره ، أو أسلم هو وكانت هي كافرة غير كتابية ، أما لو كانت كتابية وأسلم هو فلا تقع الفرقة بينهما ـ كما سيأتي ـ ؛ لأن المسلم يجوز له نكاح الكتابية ابتداءً واستمراراً .

فسخاً بلا طلاق ، وإن أسلم كتابي بدار الحرب أو بعد قدومه إلينا لم تزل عصمته عن نسائه[1] ويقع طلاقه عليهن ، وأكره له الوطء بدار الحرب بعد الإسلام ، كما أكره أن ينكح [بها][2] خوفاً أن تلد ولداً فيكون على دين الأم ، وإن خرجا[3] إلينا بأمان فأسلم أحدهما كانا في الفرقة والاجتماع[4] كالذميين يسلم أحدهما .

وإن أسلم ذمي وتحته كتابية[5] بنى بها أم لا ، ثبت على نكاحه ، وبقيت له زوجة .

وإن كانت صغيرة زوجها[6] إياه أبوها ، فهما [على][7] نكاحهما ، ولا خيار لها إن بلغت .

وإن أسلم الصبي الذمي وقد زوجه أبوه مجوسية ، لم يفسخ نكاحه إلا أن يثبت على إسلامه حتى يحتلم فتقع الفرقة بينهما ، إلا أن تسلم هي عند ذلك فتبقى له زوجة ؛ لأنه لو ارتد عن الإسلام قبل بلوغه لم يقتل .

وإذا أسلم الزوج قبل البناء وهما مجوسيان ففرق بينهما فلا صداق عليه[8] ؛ لأنه

---

(١) هذا إذا كُنّ كتابيات . انظر : المدونة (٢/٣٠٣) .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ز : خرج .

(٤) الفرقة في حال إسلام الزوجة ، والاجتماع في حال إسلام الزوج ؛ لأن المسلم له نكاح الكتابية بخلاف المسلمة فليس لها نكاح الكتابي .

(٥) في ز : ذمية .

(٦) في هـ : زوجه إياها .

(٧) سقطت من ز .

(٨) في هـ : فلا صداق عليه للمرأة ولا متعة .

فسخ بغير طلاق ، وإذا وقعت الفرقة بينهما[1] [بإسلام أحدهما][2][وذلك قبل البناء فلا صداق لها ولا متعة ، وإذا وقعت الفرقة بينهما بإسلام أحدهما وهما مجوسيان أو ذميان][3] [4] وقد بنى بها فرفعتها حيضتها فلها السكنى ؛ لأنها إن كانت حاملاً اتبعه[5] ما في بطنها ، وكذلك من نكح ذات محرم منه ولم يعلم ففرق بينهما بعد البناء فلها السكنى ؛ لأنها تعتد منه وإن كان فسخاً .

[في ذات الزوج إذا سبيت ، وإسلام المرأة في دار الحرب]

وإذا سبيت ذات زوج[6] فعليها الاستبراء بحيضة ولا عدة عليها ؛ لأنها صارت أمة .

وإن أسلمت امرأة في دار الحرب ثم قدمت إلينا بأمان ثم أسلمت ، فاستبراؤها ثلاث حيض . فإن أسلم زوجها فيها كان أملك بها إن ثبت[7] أنها زوجته . ولو كان إسلام الزوجة في دار الحرب أو عندنا وذلك قبل البناء لبانت[8]، ولا سبيل له إليها وإن أسلم مكانه ، ولا متعة لها ولا صداق ، وإن قبضته ردته وإن بنى بها فلها المسمى .

---

(١) في هـ و ز : بين الزوجين .

(٢) سقطت من ز .

(٣) ما بين المعكوفتين ورد بعبارات مختلفة في مختلف النسخ ، والمثبت من ق و هـ .

(٤) تصور الفرقة بينهما هنا في صورتين ، إحداهما أن يكونا مجوسيين فيسلم أحدهما ، والثانية أن يكونا ذميين ، فتسلم هي ، أما لو كانا ذميين وأسلم هو لم تقع الفرقة ـ كما تقدم ـ .

(٥) في ز : أتبعته .

(٦) في هـ : وإذا سبيت المرأة ذات الزوج .

(٧) في ز و هـ : أثبت .

(٨) في هـ : بانت منه .

[في النصراني يطلق ثم يسلم في العدة]

وإذا أسلمت النصرانية وزوجها نصراني ثم طلقها في العدة [ثلاثاً][1] ثم أسلم فيها ، لم يعد ذلك طلاقاً وكان على نكاحه ، وإن انقضت عدتها فنكحها بعد ذلك كان[2] جائزاً وطلاقه في شركه باطل .

[في وطء نساء السبي]

والسبي يهدم النكاح .

قال أشهب : سبيا جميعاً أو مفترقين .

قال ابن قسيط[3]: وإن ابتاع رجل عبداً وامرأته من السبي قبل أن يفرق بينهما السهمان ، فليفرق بينهما إن شاء ويطأ الأمة .

[في الأزواج يباعون أرقاء أو يسبون جميعاً أو يسبى أحدهم]

قال مالك : وإن قدم إلينا من أهل الحرب تجارٌ فباعونا رقيقاً ، فذكر الرقيق والبائعون لهم أن بينهم نكاحاً أو علم ذلك ببينة ، كانوا على تناكحهم[4]، وإن لم يعلم إلا بقول الرقيق فرق بينهم . وإذا سبي الرجل[5] أولاً ثم سبيت زوجته بعده قبل أن

---

(١) سقطت من ز و هـ و ق .

(٢) في ز : كان ذلك جائزاً .

(٣) ابن قسيط : هو يزيد بن عبد الله بن قسيط ، الإمام الفقيه الثقة ، أبو عبد الله الليثي المدني الأعرج ، روى عن أبي هريرة وابن عمر ، وروى عنه مالك . قال الذهبي وحديثه حسن في الكتب الستة ، مات سنة اثنتين وعشرين ومائة ، ويقال : بلغ تسعين سنة . انظر : السير (٢٦٦/٥) ، تاريخ الإسلام (١٨٧/٥) ، شذرات الذهب (١٦٠/١) .

(٤) في ز : مناكحهم .

(٥) في هـ و ك : الزوج .

يقسم أو بعد أن قسم ، فذلك هدم[1] للنكاح . ولو سبيت المرأة ثم قدم الزوج بأمان أو سبي وهي في الاستبراء ، فلا سبيل له إليها لزوال العصمة بالسبي ، ولو أسلم الزوج بدار الحرب وأقام بها ، أو قدم إلينا مسلماً ، أو أتى [إلينا][2] بأمان فأسلم ، وخلف أهله على النصرانية فسباها المسلمون ، فهي في عصمته إن أسلمت ، وإن أبت فرق بينهما ، إذ لا ينكح [مسلم][3] أمة كتابية ، وهي وولدها [وما في بطنها من ولد][4] ، ومهرها الذي على الزوج ، وجميع ما للزوج ببلد الحرب فيء ؛ قال غيره[5]: وولده[6] الصغار تبعاً له وكذلك ماله ، إلا أن يقسم فيستحقه بالثمن .

[فيمن طلق زوجته الأمة ثم ارتجعها ، فوطئها سيدها غير عالم بالرجعة]

ومن طلق امرأته وهي أمة ، ثم ارتجعها في سفره قبل انقضاء عدتها وأشهد بذلك ، فوطئها سيدها بعد عدتها وقبل علمه برجعة الزوج ، ثم قدم الزوج ؛ فلا رجعة له ، إذ وطء السيد لها بالملك كوطئها بنكاح[7] .

---

(١) في ز : مهدم .

(٢) سقطت من ز و هـ . وفي ك : أو أتانا بأمان .

(٣) سقطت من ق و ز .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في المدونة : قال بعض الرواة . ولم أعثر على نسبة هذا القول في الأمهات ، ونسبه في النوادر لليث ، وهو كما ترى يخالف قول ابن القاسم الذي يرى أن والد الزوج فيء كماله . انظر : المدونة (٢/٣٠٤) . النوادر والزيادات (٤/٥٩٤) . التقييد (٢/٢٦٤) .

(٦) في ك : ولده الصغار .

(٧) في ز : بالنكاح .

[في نكاح المسلم للكتابية والمجوسية]

وكره مالك نكاح نساء أهل الحرب لتركه لولده[1] بدار الكفر ، وأنا أرى أن يطلقها[2] ولا أقضي عليه .

ويجوز للمسلم نكاح حرة كتابية ، وإنما كره ذلك مالك ولم يحرمه لما تتغذى[3] به من خمر أو خنزير ، وتغذي به ولدها وهو يقبل ويضاجع ، وليس له منعها من ذلك ولا من الذهاب إلى الكنيسة .

ولا يجوز [وطء][4] مجوسية بنكاح أو ملك ، قال ابن شهاب : ولا قبلة ولا مباشرة[5] .

[في نكاح الأمة الكتابية ووطئها للمسلم]

ويطأ الأمة الكتابية بالملك ، ولا يجوز بنكاح لمسلم حر أو عبد كانت لمسلم أو ذمي ، ولا يزوجها سيدها من غلام له مسلم .

---

(١) في ز و هـ : لتركه ولده .

(٢) وذلك لأن كثيراً من أهل العلم لا يرون نكاحها ، ويرون أن الآية المبيحة للكتابيات إنما هي في الذميات منهن دون الحربيات ، لذلك أدخل سحنون في المدونة قول ابن شهاب : قد أحل الله نساء أهل الكتاب وطعامهم ، غير أنه لا يحل لمسلم أن يقدم على أهل الحرب من المشركين لكي يتزوج فيهم أو يلبث بين ظهرانيهم . انظر : المدونة (٣٠٦/٢) ، التقييد (٢٦٥/٢) .

(٣) في ز : لما يغذيانه .

(٤) سقطت من ز .

(٥) انظر : المدونة (٣٠٧/٢) .

[في المناكحة بين أهل الكتاب والمجوس وأي الزوجين يتبع الولدُ]

ولا يُمنع نصراني من نكاح مجوسية أو مجوسي من نكاح نصرانية ، والولد تبعٌ للوالد في الدين وأداء الجزية ، وتبع للأم في الملك والحرية ، والحضانة لها وإن لم تسلم ، ولو أسلمت الأم دون الأب بقي الولد على دين الأب ، وكذلك لو كان في بطنها ، وإسلام الأب إسلام لصغار بنيه .

وإذا زوج الكتابي ابنته الطفلة لكتابي ثم أسلم الأب وهي صغيرة ، كان ذلك فسخاً لنكاحها .

ولو زوج المجوسي ابنه [الطفل][1] مجوسية ، ثم أسلم الأب وابنه صغير ، عرض على زوجة الصبي[2] الإسلام ، فإن أسلمت وإلا فرق بينهما ما لم يطل ذلك .

[في إسلام الكتابي وله بنون وإسلام البنين وميراثه]

وإذا كان الغلام والجارية في حد المراهقة في إسلام الآباء من أبناء اثنتي عشرة وثلاث عشرة سنة فلا يجبر على الإسلام ، ويترك الأمر إلى بلوغه ، فإما أقام حينئذ على دينه ونكاحه فلا يعرض له أو يسلم فيحكم بما ذكرنا في إسلام أحد الزوجين البالغين .

ومن أسلم وله ولد صغار فأقرهم[3] حتى بلغوا اثني عشرة سنة أو شبه ذلك فأبوا الإسلام ، فلا يجبروا ، وقال بعض الرواة[4]: يجبرون وهم مسلمون ،

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ز : الابن .

(٣) في ز : فأخرهم .

(٤) وممن قال بذلك المغيرة بن عبد الرحمن ، إلا أن المدنيين اختلفوا في حدود الإجبار ، فقال =

وهو أكثر مذاهب المدنيين ، ومن أسلم وله ولد مراهق من أبناء ثلاث عشرة سنة وشبه ذلك ، ثم مات الأب أوقف ماله إلى بلوغ الولد ، فإن أسلم ورث الأب وإلا لم يرث ، وكان المال للمسلمين ، ولو أسلم الولد قبل احتلامه لم يتعجل أخذ ذلك حتى[1] يحتلم ؛ لأن ذلك ليس بإسلام ، ألا ترى أنه لو أسلم ثم رجع إلى النصرانية أكره على الإسلام ولم يقتل . ولو قال الولد : إني لا أسلم إذا بلغت ، لم ينظر إلى ذلك ، ولا بد من إيقاف المال إلى احتلامه ، ولو كان الولد لا يعقل دينه ابن خمس سنين أو ست ، فهم مسلمون بإسلام الأب ويرثونه مكانهم ، وقاله أكثر الرواة[2] .

[في الكافر يسلم عن أكثر من أربع زوجات أو عن زوجات لا يحل الجمع بينهن في الإسلام]

ولو أسلم حربي أو ذمي[3] عن أكثر من أربع زوجات نكحهن في عقدة[4] أو في عقد ، فليختر منهن أربعاً كن أول من نكح أو آخرهن ، ويفارق باقيهن ، وكذلك الأمر في الأختين . وإن أسلم عن[5] أم وابنتها تزوجهما في عقدة أو عقدتين،

= بعضهم : يجبرون إذا بلغوا بالضرب والتهديد والسجن ولا يقتلون ، وقال المغيرة : إن أبوا أن يسلموا بعد بلوغهم قتلوا . انظر : التقييد (٢/٢٦٧) ، الذخيرة (٤/٣٢٤) . والمشهور رواية ابن القاسم .

(١) في ق : إلى أن يحتلم .

(٢) وهو المعتمد . انظر : التقييد (٢/٢٦٧) .

(٣) في هـ : أو ذمي أو مجوسي على أكثر .

(٤) في ز : عقدة واحدة .

(٥) في هـ : على .

فإن لم يكن بنى بهما فله اختيار إحداهما ويفارق الأخرى ، وقال غيره[1] : لا يحبس واحدة منهما . قال ابن القاسم : فإن حبس الأم فأراد ابنه[2] نكاح البنت التي خلاها [أبوه][3] فلا يعجبني ذلك[4] ، وإن كان قد بنى بهما جميعاً فارقهما ولا تحلان [له][5] أبداً ، وإن بنى بواحدة أقام عليها وفارق الأخرى ولم يكن له أن يختار التي لم يمس ، وكذلك المجوسي يسلم وعنده أم وابنتها قد أسلمتا جميعاً ، الجواب واحد ، قيل له : فذمي أو حربي تزوج امرأة فماتت قبل أن يمسها فتزوج أمها ثم أسلما جميعاً ، فلم يذكر جواباً ، وأتى بنظير يدل على جواز النكاح وثباته ، فذكر[6] مسألة المجوسي يسلم وعنده أم وابنتها قد أسلمتا جميعاً[7] .

[في نكاح أهل الشرك وطلاقهم وشروطهم في النكاح إذا أسلموا]

وما استحل أهل الشرك في دينهم من نكاح بصداق فاسد فإنه ثابت إذا أسلموا عليه ، وقد تقدم هذا ، وما كان في شروطهم من أمر مكروه فإنه لا يثبت من ذلك إلا ما كان يثبت في الإسلام ، ولا يفسخ من ذلك إلا ما كان يفسخ في الإسلام .

---

(١) غيره هنا يريد به : أشهب ، فإنه رأى فسخ النكاحين ثم يبتدئ نكاح البنت . وقول ابن القاسم هو المعتمد . انظر : شرح الصغير (٢/٤٢٤)، والتقييد (٢/٢٦٨) .

(٢) في ز و ك : الابن .

(٣) سقطت من ز و ق و هـ .

(٤) قال الزرويلي : لا يعجبني هنا على التحريم ، ونقل عن ابن يونس أن ذلك لمكان الشبهة . انظر : التقييد (٢/٢٦٨) .

(٥) سقطت من ز .

(٦) في ز : وذكر .

(٧) انظر : المدونة (٢/٣١٠) .

وما كان لها من شروط بطلاق فيها أو في غيرها أو بعتاق أن لا يتزوج عليها أو [لا][1] يخرج بها ونحوه ، أو ألا يمنعها من أهلها [فذلك كله يسقط عنه][2]، وما شرط ألا نفقة لها أو نفقة محدودة أو فساد في صداق بطل الشرط ورد إلى ما يجب في الإسلام ، ولا أفسخ[3] به النكاح إذا عقدوه[4] بما يجيزونه وإن فسخ بين المسلمين قبل البناء ، [وإذا تزوج ذمي زوجة ذمي سواه فرافعه زوجها إلينا منع من ذلك ، وهذا من التظالم الذي أمنعه منه][5].

[في زواج الصغيرين من أهل الذمة]

وإذا تزوج صغيران من أهل الذمة بغير إذن أبويهما ، أو زوجهما أجنبي ثم أسلما بعد البلوغ ثبتا على نكاحهما ، ولا يفسخ ما عقد في الشرك إذا أسلموا إلا ما لا يحل وطؤه .

[في طلاق الكافر زوجته ومرافعتهما إلى حكم الإسلام]

وإذا طلق الذمي امرأته ثلاثاً [ولم يفارقها][6]، فرفعت زوجته أمرها إلى الإمام فلا يعرض لهما ولا يحكم بينهما إلا أن يرضيا[7] جميعاً بحكم الإسلام . [فالحاكم مخير فيهم إن شاء حكم وإن شاء ترك ، فإن حكم بينهم حكم بحكم

---

(١) سقطت من ز و هـ .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز و هـ و ق .

(٣) في ز : ولا يفسخ .

(٤) في ق : عقده .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٦) سقطت من ك .

(٧) في ك : إلا إن تراضيا .

الإسلام][1]. قال مالك : وأحب إلي أن لا يحكم بينهم[2] .

وطلاق الشرك ليس بطلاق ، وكذلك إن طلق النصراني زوجته ثلاثاً ثم تزوجها[3] قبل زوج ثم أسلما ، فليقيما[4] على نكاحهما .

[في نكاح أهل الذمة المنصوص على تحريمه في الإسلام]

وإن تزوج ذمي ابنته أو أخته أو أقام على مبتوتة لم يعرض لهم ، إذ كان ذلك مما يستحلونه في دينهم ، وإن أعلنوا الزنا أدبوا ، ولا يحصن الوطء بين النصرانيين حتى يطأها بعد إسلامهما .

[في نكاح المسبية بدار الحرب]

وإذا قسم المغنم بدار[5] الحرب فصار لرجل في سُهمانه جارية فاستبرأها بحيضة ، فجائز أن يطأها بدار الحرب ، وإن كان لها زوج حربي ، وكرهه بعض الناس خيفة أن تهرب منه حاملاً .

[في حكم زواج الخامسة لمسلم عنده أربع إحداهن في دار الحرب]

ومن كان عنده[6] ثلاث نسوة في دار الإسلام ، ثم خرج تاجراً إلى دار الحرب

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٢) إنما استحب مالك عدم الحكم فيهم لقوله تعالى : ﴿ وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً ﴾ ، وقيل : لكون الله تعالى أمر بالحكم بينهم بالقسط في قوله : ﴿ فاحكم بينهم بالقسط ﴾ والقسط المطلوب قد لا يظهر لكل حاكم . انظر : التقييد (٢/٢٧٠).

(٣) في ك : ارتجعها .

(٤) في ز : فنبقيهما . في هـ : فليثبتا .

(٥) في ك : ببلاد الحرب .

(٦) في ك : ومن كان له .

فتزوج بها رابعة ، ثم قدم وتركها فأراد نكاح خامسة ، فليس ذلك له ، إذ الحربية في عصمته .

[في شروط وطء المسبية من غير أهل الكتاب]

ولا توطأ المسبية[(١)] من غير أهل الكتاب حتى تجيب إلى الإسلام ، بأن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ، أو تصلي أو تجيب بأمر يعرف[(٢)] بعد الاستبراء ، وتجزيه حيضتها عنده قبل الإسلام ، كمن اشترى مودعة عنده قد حاضت ، وإن كانت المجوسية صغيرة لم تحض ، فإن كانت ممن تعرف الإسلام لم يطأها حتى يجبرها على الإسلام وتدخل فيه ، إذا كانت قد عقلت ما يقال لها .

[في تزويج الرجل عبده النصراني أمته النصرانية]

ولا بأس أن يزوج الرجل عبده النصراني أمته النصرانية ، فإن أسلم العبد فالنكاح يفسخ إلا أن تسلم الأمة مكانها[(٣)] ، مثل المجوسية يسلم زوجها ، فإن أسلمت الأمة فالعبد أحق بها إن أسلم في عدتها .

[في ردة أحد الزوجين]

وردة أحد الزوجين مزيلة[(٤)] للعصمة حينئذ[(٥)] ، وردة الزوج طلقة بائنة ، وإن

---

(١) في ق : ولا توطأ الحربية .

(٢) في ك و ز : بأمر معروف . وفي هـ : بأمر يعرف أنها قد أجابت .

(٣) لأن المسلم لا يجوز له نكاح إماء أهل الكتاب ، إنما يجوز له نكاح حرائرهم ، كما لا يجوز له نكاح المجوسية مطلقاً لا ابتداء ولا استمراراً ، وهذا هو وجه الشبه .

(٤) في ز : تزيل العصمة .

(٥) توجد هنا زيادة في ز ، وهي : تحرم عليه أم ولده في حال ارتداده ، فإن أسلم الزوج رجعت إليه بحال ما كانت .

أسلم في عدتها فلا رجعة له ، قال في كتاب العدة : وكذلك ردة المرأة طلقة بائنة وإن رجعت إلى الإسلام[1].

[في حكم زوجة الأسير وما له إذا علم تنصره]

قال ابن شهاب : والأسير يعلم تنصره فلا يدري أطوعاً أو كرهاً فلتعتد زوجته ويوقف ماله وسريته[2]، فإن أسلم عاد ذلك إليه إلا الزوجة ، وإن مات حكم فيه بحكم المرتد ، فإن ثبت إكراهه ببينة لم تطلق عليه ، وكان كحال[3] المسلم في[4] نسائه وماله ، ويرث ويورث[5] .

[في بقية أحكام المرتد]

قال ابن القاسم : وإذا ارتد وتحته ذمية أو نكحها في ردته فسخ النكاح ، وإن ارتد إلى مثل دينها ، وإن ارتد ثم رجع إلى الإسلام فإنه يوضع عنه كل ما كان لله مما تركه قبل ارتداده ، من صلاة أو زكاة أو صيام أو حج[6]، وما كان عليه من نذر أو يمين بعتق أو بالله أو بظهار فإن ذلك كله يسقط ، ويؤخذ بما كان للناس من سرقة أو قذف أو قتل أو قصاص أو غير ذلك مما لو فعله في كفره لأخذ به[7]، وإن قتل على ردته فالقتل يأتي على كل حد أو قصاص وجب عليه للناس ، إلا القذف فإنه

---

(١) سيأتي هذا الكلام في كتاب العدة في آخر هذا الجزء .

(٢) في ز : ماله وميراثه . وسري المال : خياره . انظر : المصباح (٢٧٦) .

(٣) في هـ و ك : بحال .

(٤) في ز : يفدى في .

(٥) انظر : المدونة (٢/٣١٦) .

(٦) في ز و ق : أو حدّ .

(٧) في ك : لأخذ فيه .

يحد ثم يقتل ، وإذا أسلم المرتد لم يجزه ما حج قبل ردته ، وليأتنف[1] الحج لقول الله تبارك وتعالى : ﴿ لئن أشركت ليحبطن عملك ﴾[2] ويأتنف الإحصان ، وقد تقدم هذا ، وإذا قتل [المرتد][3] لم يرثه ورثته من المسلمين ولا من أهل الدين الذي ارتد إليه ، وميراثه للمسلمين ، وتبطل وصاياه قبل الردة وبعدها ، وإذا ارتد المريض فقتل لم ترثه زوجته ، ولا يتهم[4] أحد أن يرتد لئلا يرثه ورثته ، وميراثه للمسلمين .

وإن مات للمرتد أو للذمي أو للعبد[5] ولد حر مسلم لم يرثوه ولم يحجبوا ، ثم إن أسلم المرتد أو الذمي أو عتق العبد قبل أن يقسم[6] ميراث الابن فلا شيء لهم منه ، وإنما الميراث لمن وجب له يوم مات الميت ، وقد جرى [ذكر][7] كثير من أحكام المرتد في كتب العبيد[8] ، وبالله التوفيق[9] .

* * *

(١) في ك : وليستأنف .

(٢) سورة الزمر ، الآية (٣٩) .

(٣) سقطت من ز .

(٤) نقل الزرويلي عن الواضحة أن ابن وهب روى عن مالك أن من ارتد عند موته واتُّهم بأنه أراد منع ورثته من الميراث ، يعامل بنقيض قصده ، وكذلك المرأة إذا ارتدت تريد الفراق ، نقل فيها مثل ذلك عن ابن زياد ، وكذلك المحصن إذا ارتد يريد بذلك إسقاط حد الرجم ، ونقل هذا أيضاً عن ابن يونس ، ونقل القرافي عن سحنون أنه لا يسقط عنه حد الزنى لكي لا يتذرع الناس بالردة لإسقاط الحد . انظر : التقييد (٢/٢٧٣) ، الذخيرة (٤/٣٣٨) .

(٥) في ق و ك : وإن مات المرتد أو الذمي أو العبد .

(٦) في هـ : قبل قسم .

(٧) سقطت من ق .

(٨) يريد بكتب العبيد كتب العتق والتدبير والمكاتب .

(٩) جاء في ق : تم كتاب النكاح الثالث بحمد الله وعونه .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب[1] الظهار[2] ﴾

[في الظهار بذوات المحارم]

[قال مالك :][3] ومن قال لامرأته : أنت علي كظهر أمي ، فهو مظاهر ، [ومن][4] ظاهر بشيء من ذوات المحارم من نسب أو رضاع أو بصهر فهو مظاهر ، [وإن قال لها : أنت علي مثل أمي أو كرأس أمي أو كقدمها أو كفخذها ونحوه ، فهو مظاهر][5] ، وقال بعض [كبار][6] أصحاب مالك[7] إذا قال لها :

---

(١) في هـ و ز : تقدم كتاب الرضاع على كتاب الظهار ، والمعتمد في الترتيب ما في نسخة ق و ك.

(٢) الظهار : مأخوذ من الظهر ؛ لأن الوطء ركوب ، والركوب إنما يكون غالباً على الظهر . وعرّفه خليل في مختصره بأنه : « تشبيه المسلم المكلف من تحلّ أو جزأها بظهر محرم أو جزئه » . والظهار محرم حتى صرح بعضهم أنه من الكبائر ، لقوله تعالى : ﴿ الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً . . الآية ﴾ قال القاضي عبد الوهاب : فيها على تحريمه أدلة : أحدها : كذبهم في تشبيه الزوجة بالأم ، والأخرى : إخباره بأنه قول منكر وزور ، والثالث : إخباره بأنه تعالى يعفو ويغفر . انظر : مختصر خليل (١٣٥) ، حاشية الدسوقي (٢/٤٣٩) ، الفواكه الدواني (٢/٥١) ، المعونة (٢/٨٨٨) .

(٣) سقطت من ز و ق و هـ .

(٤) سقطت من ز .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٦) سقطت من ك .

(٧) ومنهم ابن القاسم ، وهو المشهور . انظر : المدونة (٣/٤٩) ، التقييد (٣/٣) .

رأسك عليّ كظهر أمي أو يدكِ أو أصبعك لزمه الظهار ، وكذلك في البطن والفرج كما لو طلق منها ذلك العضو لزمه الطلاق فيها .

قال مالك : وإن قال لها : أنت عليّ حرام مثل أمي ، فهو مظاهر ؛ لأنه جعل للحرام مخرجاً حين قال مثل أمي . قال غيره[1]: لا تحرم به ؛ لأن الله تعالى أنزل الكفارة في الظهار ، ولا يَعْقِلُ من لفظ[2] به فيه شيئاً سوى التحريم ، قال مالك : وإن لم[3] يذكر أمه كان البتات[4].

[في الظهار بالأجنبية]

وإن قال لها أنت علي كظهر فلانة [أو مثل ظهر فلانة][5] لجارة له أجنبية[6] ، وهي ذات زوج أم لا فهو مظاهر ، وقال غيره[7]: هي طالق ولا يكون مظاهراً .

قال مالك : وإن قال لها : أنت علي كفلانة ، لأجنبية ولم يذكر الظهر ، فهو البتات[8].

---

(١) يريد بغيره : عبد الملك بن الماجشون . انظر : التقييد (٣/٤) ، البيان والتحصيل (١٧١/٥) ، والنوادر والزيادات (٢٩٣/٥) .

(٢) في ك : لفظه به .

(٣) في ز و ق : ولو لم .

(٤) انظر : المدونة (٤٩/٣) .

(٥) سقطت من هـ .

(٦) في هـ : أو لأجنبية .

(٧) غيره : يريد به ابن الماجشون . انظر : النوادر والزيادات (٢٩٢/٥) .

(٨) انظر : المدونة (٥٠/٣) ، والبيان والتحصيل (١٧١/٥) .

[في الظهار بلفظ التحريم أو نيته]

وإن قال [لها][1]: كفلانة ، من ذوات محارمه فهو مظاهر ؛ لأن هذا وجه الظهار ، إلا أن يريد بذلك التحريم فيكون البتات .

وإن قال لها : أنت علي حرام مثل أمي ، أو حرام كأمي ولا نية له ، فهو مظاهر ، وهذا لا اختلاف فيه .

قال ربيعة : وإن قال لها : أنت علي مثل كل شيء حرمه الكتاب ، فهو مظاهر[2].

قال ابن شهاب : وإن قال لها : كبعض ما حُرم عليّ من النساء ، فهو مظاهر[3].

[في السيد يتظاهر من أمته أو مدبرته أو معتقته]

ومن تظاهر من أمته أو مى أم ولده ، أو من مدبرته فهو مظاهر ، وإن[4] تظاهر من معتقة إلى أجل لم يكن مظاهراً ؛ لأن وطأها لا يحل له .

---

(١) سقطت من ز . وفي هـ : وإن قال لها أنت علي كفلانة .

(٢) وهو قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ ، وقال ابن القاسم : بل هو البتات ، وهو قول ابن نافع ، وهو المشهور لأنه لم يذكر الظهر ، وإليه أشار خليل بقوله : « فالبتات كانت كفلانة الأجنبية . . . أو ككل شيء حرمه الكتاب » . وقد وفق بعضهم بين القولين بأنه يلزمه البتات ، ثم إذا تزوجها بعدُ كان مظاهراً ، وقد ذكر صاحب الزاهي إنه الأحوط ، وقال ابن يونس إنه الأقيس . انظر : التقييد (٣/٤) ، منح الجليل (٤/٢٣٢) ، مختصر خليل (١٣٦).

(٣) الكلام في هذه المسألة مثل الكلام في مسألة ربيعة المتقدمة .

(٤) في ك : ومن تظاهر .

[في ظهار الذمي ويمينه وعتاقه وصدقته إذا أسلم]

وإن تظاهر الذمي من امرأته ثم أسلم ، لم يلزمه ظهار كما لا[١] يلزمه طلاقه في الشرك ، وكل يمين كانت عليه من طلاق أو عتاق أو صدقة أو شيء من الأشياء فهو موضوع عنه إذا أسلم ، وإن تظاهرت امرأة من زوجها لم يلزمها[٢] شيء .

[في ظهار الصبي والمعتوه والمكره والسكران]

ولا يلزم الصبي ولا المعتوه الذي لا يفيق ولا المكره ، ظهار ولا طلاق ولا عتق ، ويلزم السكران ظهاره وطلاقه .

[في تعليق الزوج الظهار بمشيئة زوجته]

قال مالك : ومن قال لامرأته : إن شئت الظهار فأنت علي كظهر أمي ، فهو مظاهر إن شاءت الظهار ، وذلك إليها ما لم توقف[٣]. وقال غيره[٤]: إنما هذا على اختلاف[٥] قول مالك في التمليك .

---

(١) في ز و ك : كما لم .

(٢) في ز : يلزمه .

(٣) ما لو توقف : أي ما لم تقض برد أو إمضاء ، وقد اقتبس صاحب المختصر هذا التعبير من المدونة فقال في المختصر : وهو بيدها ما لم توقف . قال الدردير : قوله : ما لم توقف ، معناه ما لم تقض برد أو إمضاء بأن وقفت ، فلو قال : ما لم تقضِ لكان أبين ، قال الدسوقي : وعبارة المصنف كعبارة المدونة . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤٤٠/٢) .

(٤) ممن قال بذلك أصبغ . انظر : التقييد (٥/٣) .

(٥) اختلاف قول مالك في التخيير والتمليك أنه قال مرة : هو لها حتى توقف ، وقال مرة : ما دام في المجلس ، فكذلك الظهار يجري فيه هذا الخلاف على هذا القول . والمعتمد هو قول ابن القاسم إن ذلك لها ما لم تقض برد أو إمضاء . انظر : المدونة (٥٣/٣)، وحاشية الدسوقي (٤٤٠/٢).

[في الظهار إلى أجل أو تعليقه بفعل معين]

وإن قال لها : أنت علي كظهر أمي اليوم أو هذه الساعة ، فهو مظاهر منها وإن مضى ذلك الوقت ، ولا يطؤها حتى يكفّر ، كما لو قال لها : أنت طالق اليوم أو هذه الساعة كانت طالقاً أبداً .

وإن قال لها : أنت علي كظهر أمي إن دخلت هذه الدار اليوم أو كلمت فلاناً اليوم ، أو قال [لها][1]: أنت علي كظهر أمي اليوم إن كلمت فلاناً أو دخلت الدار ، فإن مضى اليوم ولم يفعل ذلك لم يكن مظاهراً وإنما يجب عليه الظهار بالحنث ، وكذلك إن قال لها : إن دخلت الدار اليوم فأنت طالق ، أو قال : أنت طالق إن دخلت الدار اليوم ، فمضى ذلك اليوم ثم دخلت لم يلزمه طلاق ، [وإن قال لها : أنت علي كظهر أمي أو أنت طالق إلى قدوم فلان ، لم يلزمه ظهار ولا طلاق حتى يقدم فلان فيلزمه ذلك ، وإن لم يقدم فلان فلا شيء عليه ، وأما إن قال لها : من الساعة إلى قدوم فلان ، لزمه الظهار والطلاق مكانه][2].

[فيمن ظاهر من نسائه في كلمة واحدة أو في كلمات متعددة في مجلس واحد أو في مجالس]

ومن ظاهر من أربع نسوة في كلمة واحدة فكفارة واحدة تجزيه ، وإن تظاهر منهن في مجالس مختلفة ، أو كان في مجلس واحد فخاطب كل واحدة [منهن بالظهار دون الأخرى ، حتى أتى على الأربع ، أو قال لإحدى امرأتيه : أنت عليّ كظهر أمي، ثم قال للأخرى : أنت علي مثلها، فعليه في ذلك لكل واحدة منهن كفارة][3].

---

(١) سقطت من ق وهـ .

(٢) ما بين المعكوفتين ورد في ز محرفاً ، ولم نر داعياً لإثباته في الهامش .

(٣) ما بين القوسين ورد في هـ على نحو فيه تكرار وتقديم وتأخير، فلم نر داعياً لإثبات ذلك بالهامش.

[فيمن كرر ظهار امرأته ، وفي النية في الظهار]

وإن قال لامرأته : أنت علي كظهر أمي ، قال لها ذلك مراراً في شيء واحد أو في غير شيء ، فليس عليه إلا كفارة واحدة ، وإن نوى بقوله ثلاث ظهارات ، إلا أن ينوي ثلاث كفارات [فتلزمه ثلاث كفارات][1] كاليمين بالله ، وإن قال ذلك[2] في أشياء مختلفة ، مثل : أن يحلف بالظهار إن دخل [هذه][3] الدار ، ثم يحلف به إن كلم فلاناً فعليه في كل شيء يفعله من ذلك كفارة ، بخلاف ما لو جمعهما[4] في ظهار واحد .

قيل : فكل كلام تكلم به رجل ينوي به الظهار أو الإيلاء أو تمليكاً أو خياراً ، أيكون ذلك كما نوى ؟ قال : نعم ، إذا أراد أنكِ بما قلتُ مخيرة أو مظاهر منها أو مطلقة .

[في التظاهر قبل النكاح]

ومن قال لأربع نسوة : إن تزوجتكن فأنتن عليّ كظهر أمي ، فتزوج واحدة لزمه الظهار ولا يقربها حتى يكفر ، فإن كفر وتزوج البواقي فلا ظهار عليه فيهن ، وإن لم يكفر ولم يطأ الأولى حتى ماتت أو فارقها سقطت عنه الكفارة ، ثم إن تزوج البواقي لم يطأ واحدة منهن حتى يكفر ؛ لأنه لم يحنث في يمينه بعد ، وإنما يحنث [في يمينه][5] بالوطء ؛ لأن من تظاهر من امرأته ثم طلقها أو ماتت قبل أن يطأها

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ز : لها ذلك .

(٣) سقطت من هـ . وفي ز : إن دخل نهاره الدار .

(٤) في ز و ق : جمعها .

(٥) سقطت من ك و هـ .

فلا كفارة عليه ، وإنما يوجب [عليه][1] كفارة الظهار الوطء[2]، فإن وطئ [فقد][3] لزمته الكفارة ، ولا يطأ في المستقبل حتى يكفر ، ولو كان هذا قد وطئ الأولى ثم ماتت أو طلقها أو لم يطلقها لزمته الكفارة ، فإن تزوج البواقي فلا يقرب واحدة منهن[4] حتى يكفر .

[في اليمين والتعليق في الظهار]

ومن قال لنسائه : من دخلت منكن هذه الدار فهي علي كظهر أمي ، فدخلنها كلهن أو بعضهن فعليه في كل واحدة دخلتها[5] كفارة كفارة ، وكذلك لو قال : أيتكن كلمتها فهي علي كظهر أمي ، فإن كلم واحدة منهن لزمته كفارة ، ولم يلزمه في من لم يكلم منهن ظهار وإن وطئها حتى يكلمها ، وله وطؤهن قبل أن يكلمهن ، ثم إن كلم أخرى لزمته كفارة ثانية ، بمنزلة ما لو قال لأربع نسوة : من تزوجتها[6] منكن فهي علي كظهر أمي ، فتزوج واحدة كان منها مظاهراً ، ثم إن تزوج أخرى كان أيضاً مظاهراً بخلاف قوله : إن تزوجتكن ، وإن قال لزوجته : أنت علي كظهر أمي إن لم أضرب غلامي اليوم ، ففعل لم يلزمه ظهار . وإن قال : إن تزوجت فلانة فهي علي كظهر أمي ، لزمه الظهار إن تزوجها ، ومن قال : كل امرأة أتزوجها فهي

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في هـ : وإنما تجب عليه كفارة الظهار بالوطء .

(٣) سقطت من ك .

(٤) في ك و هـ : منهن أيضاً .

(٥) في ك و هـ : تدخل .

(٦) في ك و هـ : من تزوجت .

طالق لم يلزمه شيء إن تزوج[1] ، وإن قال : فهي علي كظهر أمي ، لزمه ذلك ؛ لأن له المخرج بالكفارة بخلاف الطلاق ، ولا يطأ إن[2] تزوج حتى يكفر ، وكفارة واحدة تجزيه عن ذلك .

[3] وإن قال لامرأته[4]: إن دخلت الدار فأنت علي[5] كظهر أمي ، فطلقها واحدة أو اثنتين فبانت منه ودخلت الدار وهي في غير ملكه ، لم يحنث بدخولها وهي في غير ملكه ، فإن تزوجها فدخلت الدار وهي تحته عاد عليه الظهار إلا أن يكون طلقها أولاً البتة ، فإن الظهار يسقط عنه إن تزوجها بعد زوج ، ولو حنث بدخولها قبل أن يفارقها أو كان إنما تظاهر منها بغير يمين ثم أبتها قبل أن يكفر ، فهذا إن نكحها بعد زوج عاد عليه الظهار ولم يطأها حتى يكفّر .

[فيمن تظاهر من أمة أو صبية أو حائض أو رتقاء أو كتابية]

ومن تظاهر من امرأته وهي أمة ثم اشتراها فهو مظاهر منها ، وإن تظاهر من امرأته وهي حرة أو أمة أو صبية أو محرمة أو حائض أو رتقاء أو كتابية لزمه ذلك ، وكفارته منهن سواء ، ويلزمه الظهار والطلاق في زوجته الكتابية كالمسلمة .

[في ظهار العبد والمجوسي ، والظهار قبل البناء]

وإن تظاهر العبد من امرأته[6] وهي حرة أو أمة ، فكفارته منهما سواء . وظهار

---

(١) في ق : إن تزوجها . والمثبت من باقي النسخ .

(٢) في ك : ولا يطأ التي تزوج .

(٣) في ك : قال ابن القاسم .

(٤) في ق : وإن قال لها .

(٥) في ز : فأنت طالق كظهر أمي .

(٦) في ز : زوجته .

الرجل من زوجته قبل البناء وبعده [سواء][1] ، كما لو ظاهر من أمة[2] لم يطأها قط لزمه الظهار .

[والمجوسيان إذا أسلم الزوج ثم ظاهر منها أو طلق مكانه ثم أسلمت بقرب إسلامه ، فذلك يلزمه][3]

[في اليمين بالطلاق والظهار]

ومن قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق أو أنت عليّ كظهر أمي أو فأنت عليّ كظهر أمي وأنت طالق ، فإن تزوجها طلقت عليه ، ثم إن تزوجها بعد ذلك لم يقربها حتى يكفر كفارة الظهار ؛ لأن الطلاق والظهار وقعا بالعقد معاً فلزماه ، والذي قدم الظهار في لفظه أبين[4] ، وإن قال لزوجته : أنت طالق البتة وأنت علي كظهر أمي ، طلقت عليه ولم يلزمه فيها ظهار إن تزوجها يوماً ما ؛ لأنه أوقعه بعد أن بانت منه ، ومن قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي ووالله لا أقربك ، أو قال : والله لا أقربك

---

(١) سقطت من ز .

(٢) قوله : كما لو ظاهر من أمة . . . إلخ هذا استدلال من ابن القاسم على الظهار من الزوجة قبل البناء ، بالظهار من الأمة قبل البناء الذي هو قول مالك . انظر : المدونة (٣/٥٩) .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من هـ ، وسقط من ز : إذا أسلم الزوج .

(٤) لم يبين في المدونة ولا في التقييد وجه كونه أبين ، ولعل وجه ذلك ـ والله أعلم ـ أنها لو كانت زوجة له فقدم الطلاق على الظهار لم يلزمه الظهار ؛ لأنه لم يصادف محلاً ، أما لو قدم الظهار على الطلاق فإنه يلزمه الظهار والطلاق على كل حال ، سواء كانت زوجة له أم لا ، فصار ما يلزم فيه الطلاق والظهار في كل حال ـ وهو تقديم لفظ الظهار ـ أبين مما يلزمان فيه في حال دون حال ـ وهو تقديم لفظ الطلاق ـ .

وأنت عليّ كظهر أمي ، لزمه إن نكحها الإيلاء والظهار جميعاً ، كما يلزمه ذلك في التي في عصمته .

[في منع المظاهر من امرأته حتى يكفر]

ومن تظاهر من زوجته فلا يطأها حتى يكفر ، ويجب عليها أن تمنعه من نفسها ، فإن خشيت [منه][1] على نفسها رفعت ذلك إلى الإمام ومنعه الإمام من وطئها إن خاصمته ، ويؤدبه إن رأى[2] ذلك ، ولا يقبل ولا يباشر ولا يلمس ولا ينظر إلى صدرها ولا إلى شعرها حتى يكفر ، وجائز أن ينظر إلى وجهها ، وقد ينظر غيره إليه[3] ، وجائز أن يكون معها في بيت ويدخل عليها بلا إذن إذا كان يؤمن ناحيته[4] .

[في دخول الإيلاء[5] على الظهار]

[فإن امتنع من الكفارة وهو قادر عليها دخل عليه الإيلاء ؛ لأنه مضار ووقف لتمام أربعة أشهر من يوم][6] التظاهر[7] ، فإما كفّر أو طلقت عليه ، فإن كفّر زال عنه حكم الإيلاء وإن لم يطأ ، وإن قال : أنا أكفّر ، ولم يقل : أنا أطأ ، فذلك له ؛

---

(١) سقطت من ق .

(٢) في ك : أراد .

(٣) وذلك إما لحاجة مشروعة كحكم أو شهادة أو مداواة ، أو على القول بجواز النظر إلى الوجه بغير لذة . انظر : التقييد (١٢/٣) ، الذخيرة (١٩١/٤) .

(٤) في ك : جانبه .

(٥) سيأتي تعريف الإيلاء في كتاب الإيلاء .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٧) في ز : من يوم النظر في أمره .

لأن نيته[1] الكفارة وليس الوطء ، فإذا كفّر كان له أن يطأ بلا كفارة[2] ، وإن كان لا يعلم منه ضرر وكان يعمل في الكفارة فلا يدخل عليه الإيلاء ، وإذا كان من أهل الصوم فمضت أربعة أشهر ولم يصم فلها إيقافه ، وروى غيره[3] أن وقفه لا يكون إلا بعد ضرب السلطان [له][4] الأجل ، وكلٌ لمالك ، والوقف بعد ضرب الأجل أحسن[5] ، فإذا أوقفته فقال : أنا أصوم شهرين عن ظهاري ، أو كان ممن يقدر على عتق أو إطعام فقال : أخروني حتى أعتق أو أطعم ، اختبره[6] الإمام مرتين أو ثلاثاً ،

---

(١) في ز : لأن فيه الكفارة .

(٢) أي بلا كفارة ثانية .

(٣) غيره هنا : يريد به عبد الملك بن الماجشون . انظر : النوادر والزيادات (٣٠٢/٥) ، التقييد (١٣/٣) .

(٤) سقطت من ز .

(٥) هذا من كلا م سحنون ، فقد استحسن أن ضرب الأجل من وقت الحكم . وقال الدردير : ظاهر كلامهم ترجيح الأول ، وهو رواية ابن القاسم أن الأجل من اليمين ، وهو الذي اختصر عليه البراذعي المدونة ـ كما هنا ـ ، وهناك قول ثالث أن الأجل من وقت تبين الضرر ، وإلى هذه الأقوال الثلاثة أشار خليل بقوله : « وهل المظاهر إن قدر على التكفير وامتنع كالأول وعليه اختصرت ، أو كالثاني وهو الأرجح ، أو من تبين الضرر وعلي تؤلت ؟ أقوالٌ » ، قال الدردير : « كالأول » أي : الذي يمينه صريحة ، فيكون الأجل من اليمين ، أي حلفه بالظهار ، وعليه اختصرت المدونة ، « أو كالثاني » أي : الذي يمينه محتملة ، فيكون الأجل من يوم الحكم . . . وهو الأرجح عند ابن يونس . أو الأجل في حقه من وقت تبين الضرر وهو يوم امتناعه من التكفير ، « وعليه تؤلت » أقوال ثلاثة ظاهر كلامهم ترجيح الأول . قال المواق : لم أجد لابن يونس ترجيحاً هنا ، ونحوه لابن غازي ، وإنما استحسان ذلك القول لسحنون ، أي القول الثاني . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٣٣/٢) ، منح الجليل (٢١٠/٤).

(٦) في ز : أخرّه .

فإن لم يأخذ في ذلك[1] بعد التلوم فرق بينهما ؛ لأنه مضار كالمولي إذا أوقف[2] فقال : أنا أفي ، فاختبره الإمام مرة بعد مرة ، فلم يف وعرف كذبه ولم يكن له عذر طلّق عليه ، وهذا المعنى مستوعب في كتاب الإيلاء[3] ، ومن قال لزوجته : إن وطئتك فأنت عليّ كظهر أمي ، فهو مولٍ حين تكلم بذلك[4] ، فإن وطئ سقط الإيلاء عنه ولزمه الظهار بالوطء ، ولا يقربها بعد ذلك حتى يكفر كفارة الظهار ، فإن تركها ولم يكفر كان سبيله كما وصفنا في المظاهر المضار[5] .

[فيمن ظاهر وهو معسر ثم أيسر قبل الكفارة]

[6] ومن تظاهر وهو معسر ثم أيسر لم يجزه الصوم ، فإن أعسر قبل أن يكفر أجزأه الصوم ، وإنما ينظر إلى حاله يوم يكفر لا إلى حاله[7] قبل ذلك ، ولو أيسر بعد أن أخذ في صوم أو إطعام فإن كان بعد صوم اليومين ونحوهما أحببت له أن يرجع إلى العتق ولا أوجبه [عليه][8] ، وإن كان قد صام أياماً لها عدد فما ذلك عليه وليمض على صومه ، وكذلك الإطعام مثل ما فسرنا في الصوم ، وكذلك في كفارة القتل .

---

(١) في ك : بذلك .

(٢) في ك : إذا وقف

(٣) انظر كتاب الإيلاء في (ص٣٠٢) من هذا الجزء .

(٤) في ز : حتى يتكلم بذلك .

(٥) وحكم المظاهر المضار أنه ينظر لمدة أربعة أشهر كالمولى ثم يوقف ، فإما كفّر وإما طلقت عليه . انظر : المدونة : (٣/٦١).

(٦) في ك : قال مالك .

(٧) في ز : لا إلى يوم قبل ذلك .

(٨) سقطت من ق .

[فيمن وجد ثمن هدي التمتع أثناء صيامه لثلاثة أيام في الحج](1)

وإن صام ثلاثة أيام في الحج ثم وجد [ثمن](2) الهدي في اليوم الثالث ، فليمض على صومه ، وإن وجد ثمنه وهو في أول يوم فإن شاء أهدى أو تمادى في صومه .

[في كفارة العبد في الظهار]

قال مالك : وإن تظاهر العبد فليس عليه إلا الصوم ولا يطعم وإن أذن له سيده، فالصوم [له](3) أحب إلي(4). قال ابن القاسم : بل هو الواجب عليه ، ولا يطعم

---

(١) هذه المسألة كما ترى تدخل في كتاب الحج ولست أدري كيف أوردها المصنف هنا في كتاب الظهار مع أنها في المدونة لم ترد في هذا الموضع ، ولعله لما ذكر حكم من بدأ بالصوم في كفارة الظهار ثم استطاع العتق ، وجدها مناسبة لذكر من بدأ بالصيام في الحج بدل هدي التمتع ثم استطاع الهدي .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقطت من ق .

(٤) ظاهره سواء كان العبد قادراً أم عاجزاً ، وقد اختلف في توجيه (أحب إليّ) هنا ، فقيل : هي وهم ، وهو ظاهر كلام ابن القاسم في المدونة حيث قال : لا أدري ما هذا بل الصوم هو الواجب عليه ، وقيل أحب هنا بمعنى الوجوب ، وقيل المعنى أحب للعبد أن ينتظر حتى يقدر على الصوم في حال أذن السيد له بالصوم وعجزه هو عنه لمرض ، وقيل المعنى أحب للعبد أن ينتظر حتى يأذن له سيده في الصوم فيما إذا أذن له في الإطعام ومنعه من الصوم ، فإن فعل قبل الانتظار أجزأه ، وقيل : أحب هنا راجعة إلى السيد أي إن إذنه له في الصوم أحب من إذنه له في الإطعام . والمعتمد في المذهب أن العبد يجب عليه الصوم ولا يجوز له الإطعام إلا إذا كان عاجزاً عن الصوم في الحال والاستقبال ، كأن يكون به مرض لا يرجو برأه ، أو منعه السيد من الصيام لإضراره بخدمته ، ففي هاتين الحالتين يجوز له الإطعام بإذن السيد ؛ لأن ملكه ليس تاماً بل هو ناقص الملك . وإلى هذا الاختلاف في معنى : « أحب إلي » ، أشار خليل في المختصر بقوله : وفيها أحب إلي أن يصوم وإن أذن له في الإطعام وهل هو وهم ؛ لأنه الواجب ، أو أحب للوجوب ، أو أحب للسيد عدم =

من قدر أن يصوم ، وأما العتق فلا يجزيه في شيء من الكفارات وإن أذن له السيد .

قال مالك : وأما إن أذن له أن يطعم في اليمين بالله أجزأه ، وفي قلبي منه شيء[1] ، والصوم أبين عندي . قال ابن القاسم : إن أطعم بإذن سيده أجزأه ؛ لأن سيده لو كفّر عنه بالطعام أو رجل كفّر عن صاحبه[2] بالطعام أجزأه .

[فيمن ظاهر ثم طلق امرأته ثم كفّر قبل أن يتزوجها]

[3] ومن ظاهر من زوجته ثم طلقها ثلاثاً أو واحدة فبانت منه ، ثم أعتق عن ظهاره منها أو صام أو أطعم ، ثم تزوجها بعد ذلك ، لم تجزه تلك الكفارة ؛ لأنه أخرجها قبل وجوبها ، ومتى تزوج المرأة رجع عليها الظهار .

[فيمن ظاهر من أجنبية ثم كفّر قبل زواجه منها]

ومن قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي فكفّر عن ظهاره هذا ثم تزوجها ، لم تجزه تلك الكفارة ؛ لأنه [قد][4] كفر قبل نية العودة ، ولا ينوي

= المنع ، أو لمنع السيد له الصوم أو على العاجز حينئذ فقط تأويلات . انظر : المدونة (٣/٦٤)، حاشية الدسوقي (٢/٤٥٥ ـ ٤٥٦) ، الشرح الصغير (٢/٦٥٠) ، مختصر خليل (١٣٨ ـ ١٣٩) .

(١) قال الدسوقي : وفي قلبي منه شيء . . . إلخ هذا من كلام سحنون ، قال الدردير : ووجه الشيء : أي النقل الذي في قلبه أن العبد لا يملك ، أو يشك في ملكه أو إن ملكه ظاهري ، فهو كلا ملك . وقد قدمنا في كتاب الأيمان أن المعتمد في المذهب جواز إطعام العبد إذا أذن له سيده ، ويؤيد ذلك التعليل الذي أورد ابن القاسم . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢/٤٥٦) .

(٢) في ز : صاحب له .

(٣) في ك : قال مالك .

(٤) سقطت من ز و ق و هـ .

ذلك فيمن ليست في عصمته ولا يكفر قبل حنثه وقد قال الله عز وجل : ﴿ ثم يعودون لما قالوا ﴾[1] ، والعودة ها هنا إرادة الوطء والإجماع عليه[2] ، فمن كفّر قبل إرادته كان كمن كفّر عن شيء وجب عليه .

[في المظاهر يطأ قبل أن يكفر أو يطلق قبل المساس]

وإذا وطئ المظاهر[3] قبل أن يكفر ناسياً أو عامداً في ليل أو نهار ، لزمته الكفارة بجماعه ، ماتت بعد ذلك أو طلقها أو مات عنها ، وإن طلقها ثلاثاً أو واحدة قبل أن يطأها فلا كفارة عليه إلا أن يتزوجها يوماً [ما][4] ، فيعود عليه الظهار ، ولا يطأ حتى يكفر ، ولو طلقها قبل أن يمسها وقد عمل

---

(١) سورة المجادلة ، الآية (٣) .

(٢) روي عن مالك أيضاً أن العودة هي : العزم على الوطء مع إرادة إمساك العصمة ، فهما روايتان عنه ، واختلف الأشياخ بعد ذلك فيما تقتضيه المدونة منهما وفي المشهور منهما ، فذهب ابن رشد إلى أن العود مجرد العزم على الوطء بقيد بقاء العصمة ، ولم يتعرض للعزم على الإمساك . وقال إنه المشهور ، وفهم أن قوله في المدونة : والإجماع عليه - أي العزم عليه - مرادف لما قبله ، وهو إرادة الوطء ، وفهم عياض من المدونة أن العود هو العزم على الوطء مع العزم على الإمساك ، وقال : إنه هو المشهور ، ولا شك أن العزم على الإمساك غير بقاء العصمة ، إذ قد ينوي إمساكها وتموت ، وقد تدوم عصمتها وهو خال الذهن . وفائدة الخلاف بين القولين تظهر فيما إذا عزم على الوطء والإمساك ثم طلق أو ماتت ، فعند ابن رشد تسقط الكفارة ، وعند عياض لا تسقط ، وكذا إن كفر بعد أن بانت منه ، فعند ابن رشد لا تجزيه ، وعند عياض تجزيه ، وإلى هذا الخلاف أشار خليل بقوله : وهل هو العزم على الوطء أو مع الإمساك ؟ تأويلان . انظر : المقدمات لابن رشد (٦٠٢/١) ، وحاشية الدسوقي (٤٤٧/٢) ، مختصر خليل (١٣٧) ، بداية المجتهد (١١٢٤/٣) .

(٣) في ك : المتظاهر .

(٤) سقطت من ز .

في الكفارة لم يلزمه تمامها . قال ابن نافع : وإن أتمها أجزأه[1] إذا أراد العودة قبل الطلاق .

[فيمن أفسد صوم كفارته ناسياً أو مكرهاً أو شاكاً أو عامداً]

[ومن][2] أكل ناسياً في صوم ظهار أو قتل نفس أو نذر متتابع ، أو أكره على الفطر ، أو تقيأ[3] ، أو ظن أن الشمس قد غابت فأكل ، أو أكل بعد الفجر ولم يعلم ، أو وطئ نهاراً غير التي تظاهر منها ناسياً ، فليقض في ذلك يوماً ويصله بصومه ، فإن لم يفعل ابتدأ الصوم من أوله . وله أن يطأ غير من[4] تظاهر منها[5] في خلال[6] الكفارة ، ليلاً في الصوم أو نهاراً في الإطعام ، كانت الموطوءة زوجة أو أمةً ، فإن وطئ التي تظاهر منها ليلاً أو نهاراً أول صيامه أو آخره ناسياً أو عامداً ابتدأ الشهرين ، وكذلك حكم الإطعام ، وإن لم يبق إلا مسكين ، وكذلك من وطئ في الحج ناسياً أو عامداً فعليه أن يتم حجه ذلك ويقضيه من قابل .

---

(١) اختلف في قول ابن نافع هنا ، هل هو موافق لقول ابن القاسم ، فقيل : هو موافق له ؛ لأن عدم لزوم إتمام الكفارة لا ينافي إجزاءها ، وقيل : إن وجه الوفاق أن قول ابن القاسم بعدم الإتمام في الطلاقَ البائن ، وقول ابن نافع في إجزاء الإتمام في الطلاق الرجعي ، وقيل : قول ابن نافع هنا خلاف لقول ابن القاسم . انظر المسألة في : التقييد (١٦/٣) .

(٢) سقطت من ز .

(٣) تقيأ : المراد به استقاء ، أما من ذرعه القيء فلا شيء عليه إلا أن يرجع من حيث يمكنه طرحه فلم يفعل - كما تقدم في كتاب الصيام - . انظر كتاب الصيام في الجزء الأول من هذا الكتاب .

(٤) في ك : التي تظاهر .

(٥) في ز : منها ناسياً .

(٦) في ز : في حال .

[فيمن مرض أثناء صيامه عن الظهار وهو لا يجد رقبة]

قال ابن القاسم : ومن صام عن ظهاره شهراً ثم مرض وهو لا يجد رقبة لم يكن له أن يطعم ، وإن تمادى به المرض أربعة أشهر لم يدخل عليه الإيلاء ؛ لأنه غير مضار ، وتُنتظر إفاقته ، فإذا صح صام إلا أن يعلم أن ذلك المرض لا يقوى صاحبه على الصيام ، بعده فيصير حينئذ من أهل الإطعام .

وقال أشهب[١] : إذا مرض صار من أهل الإطعام .

[فيمن ظاهر وليس له إلا خادم أو عرض قيمته قيمة رقبة]

ومن ظاهر من امرأته وليس له إلا خادم واحدة أو دار لا فضل فيها أو عرض فيه ثمن رقبة[٢] ، لم يجزه إلا العتق ، ولا يجزيه الصوم ؛ لأنه يقدر على العتق ، وإن تظاهر من أمته[٣] وليس له غيرها لم يجزه الصوم ، وأجزأه عتقها عن ظهاره ، وله أن يتزوجها بعد ذلك .

[في التلفيق بين خصال الكفارة]

[ومن صام شهراً وأطعم ثلاثين مسكيناً][٤] عن ظهاره ، أو أعتق [نصف][٥]

---

(١) قول أشهب هنا يحتمل أن يكون موافقاً لقول ابن القاسم ، وذلك إذا كان يقصد المرض الطويل الذي يعلم أن صاحبه لا يقوى على الصيام ، ويحتمل أن يكون مخالفاً لقول ابن القاسم إذا كان يقصد أنه بمجرد حصول المرض المانع من الصوم يكون من أهل الإطعام من غير انتظار ، وهو ظاهر كلام أشهب . انظر : المدونة (٦٧/٣) .

(٢) في ق : أو عرض يساوي ثمن رقبة . وفي هـ : أو عرض ثمن رقبة .

(٣) في ك : امرأته . وهو تحريف .

(٤) ما بين المعكوفتين ورد مكرراً بتقديم وتأخير في ز .

(٥) سقطت من ك .

عبدٍ وأطعم ثلاثين مسكيناً[1]، [أو صام شهراً ، لم يجزه ذلك][2].

[في صفة الإطعام في الكفارة]

والإطعام في الظهار ستون مسكيناً لكل مسكين مد من حنطة بمد هشام[3]، وهو مدان إلا ثلث[4] بمد النبي ﷺ ، فإن كان عيش بلدهم تمراً أو شعيراً أطعم منه في الظهار عدل شبع مد هشام من الحنطة ، ويطعم من ذلك في كفارة الأيمان عشرة مساكين وسطاً من شبع الشعير والتمر ، ولا أحب[5] أن يغدي ويعشي في الظهار ؛

(١) وردت في ك جملة (أو أعتق عبداً أو أطعم ثلاثين مسكيناً) مكررة .

(٢) سقطت من ز .

(٣) هو هشام بن إسماعيل بن هشام بن الوليد بن المغيرة المخزومي ، والي المدينة لعبد الملك بن مروان ولاه عليها سنة (٨٢هـ) ، وظل أميراً عليها حتى عزله الوليد بن عبد الملك سنة (٨٧هـ) ، حيث ولى عليها عمر بن عبد العزيز . وإلى هشام هذا ينسب مدّ هشام عند الفقهاء ، وربما قالوا المد الشامي يريدون : المد الهشامي نسبة إلى هشام ، وهو أكبر من المد النبوي ونسبته منه كما ذكر المصنف . مات هشام أول صفر سنة (١٤٨هـ) . انظر : تذكرة الحفاظ (١٥٤/١) ، النجوم الزاهرة (٢٠٤/١ - ٢١٤) ، الكامل لابن الأثير (١٨٣/٤) .

(٤) وقيل : هو مدان بمد النبي ﷺ تماماً من غير نقصان ، وقيل : هو مد وثلث . انظر : بداية المجتهد (١١٣٦/٣) بتحقيق الحموي .

(٥) قوله هنا : « لا أحب » وقوله بعدها : « لا ينبغي » اختلف هل هما على المنع أم على بابهما من الكراهة ، فحمل أبو الحسن كلام مالك على الكراهة ، وحمله ابن ناجي على التحريم مستدلاً بقوله : لأني لا أظنه يبلغ مداً بالهاشمي ، وبقوله : يجزي ذلك فيما سواهما من الكفارات ، فمفهومه عدم الإجزاء في الظهار . وإلى هذا أشار خليل بقوله : « ولا أحب الغداء والعشاء كفدية الأذى » ، قال الدردير : فمعنى لا أحب : لا يجزئ ، ويدل عليه قول الإمام : لأني لا أظنه يبلغ مداً بالهاشمي ، فأخذ منه أنه لو تحقق بلوغه أجزأ . انظر : التقييد (١٨/٢) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٥٤/٢)، منح الجليل (٢٦٤/٤ - ٢٦٥) .

لأن الغداء والعشاء لا أظنه يبلغ مداً بالهاشمي[1] ولا ينبغي ذلك في فدية الأذى أيضاً ، ويجزئ ذلك في[2] سواهما من الكفارات[3] ، ويكون مع الخبز إدام ، وإن كان الخبز وحده وكان فيه عدل ما يخرج من الحب أجزأه ، ويخرج في كفارة الأيمان وفي الإفطار في رمضان في كل شيء مداً لكل مسكين بمد النبي ﷺ خلا فدية الأذى ، فإنه يخرج فيها مدين لكل مسكين ، ولا يجزئ السويق و الدقيق[4] في شيء من الكفارات كما لا يجزئ ذلك في زكاة الفطر .

ومن أعطى في سائر الكفارت[5] من الذي هو عيشهم[6] أجزأه ، ولا يجزئ في ذلك [دقيق أو سويق][7] ، ولا يجزئ عرض أو دراهم فيها وفاءٌ بالقيمة ، ومن أعطى في الظهار ستين مداً بالهاشمي ، لعشرين ومائة مسكين نصف مد [نصف

---

(١) يريد مد هشام المتقدم .

(٢) في ك : فيما .

(٣) الإطعام في سائر الكفارات غير فدية الأذى مد واحد بمد النبي ﷺ ، وذلك حملاً لها على كفارة اليمين المقيدة بالوسط ، أما كفارة الأذى فهي مقيدة بقوله ﷺ في حديث كعب ابن عجرة « مدين لكل مسكين » ، وقد جاءت كفارة الظهار مطلقة ، فرآها مالك أقرب إلى كفارة فدية الأذى ؛ لأن الزوجة محرمة بالظهار فلا تباح إلا بما لا شك فيه وهو أعلى الكفارة كفدية الأذى . وهناك رواية أخرى عن مالك أنها مد واحد بمد النبي ﷺ حملاً لها على كفارة اليمين ؛ لأن الأصل براءة الذمة فلا يلزم إلا ما لا شك فيه . انظر : بداية المجتهد (١١٣٦/٣) ، التقييد (١٨/٣) .

(٤) في ك : ولا الدقيق .

(٥) في ك : ومن أعطى في شيء من الكفارت .

(٦) في ك : هو جل عيشهم .

(٧) سقطت من ز و ق .

مد][1]، لم يجزه ذلك إلا أن يزيد [لستين][2] منهم لا من غيرهم نصف مد لكل واحد فيجزيه ، وإن أعطى ذلك لثلاثين مسكيناً لكل مسكين مدين لم يجزه حتى يعطي ستين[3] مسكيناً لكل مسكين مداً ، ولا يجزيه في فدية الأذى أن يعطي اثني عشر مسكيناً مداً [مداً][4]، ولكن يُعطي ستة مساكين لكل مسكين مدين بمد النبي ﷺ ، وكذلك في كفارة الإفطار في رمضان لا يجزيه أن يعطي ثلاثين مسكيناً مدين مدين ، ولا عشرين ومائة مسكين نصف مد [نصف مد][5]، ولكن يعطي ستين مسكيناً لكل مسكين مداً بمد النبي ﷺ ، فإن أطعم ثلاثين مسكيناً في كفارة الظهار حنطة ثم ضاق السعر حتى صار عيشهم التمر أو الشعير ، أو خرج إلى بلد عيشهم ذلك ، أجزأه أن يطعم من ذلك ثلاثين مسكيناً ، وكذلك هذا في جميع الكفارات ، وإن أطعم في كفارة الظهار ثلاثين [مسكيناً][6] ثم لم يجد في ذلك البلد[7] غيرهم ، فلا يجزيه أن يطعمهم في غدٍ بقية الكفارة ، وليبعث بها إلى بلد آخر .

[في التشريك بين إطعام الكفارتين]

ومن عليه كفارتان عن يمينين[8]، فأعطى اليوم مساكين عن إحدى يمينيه ثم

---

(١) سقطت من ك .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ك : لستين . وفي ز : ثلاثين .

(٤) سقطت من ز .

(٥) سقطت من ق .

(٦) سقطت من ز .

(٧) في ك : في بلدهم .

(٨) في ز : ومن عليه كفارة يمين .

لم يجد في غد غيرهم ، فلا يعجبني[1] أن يعطيهم عن اليمين الأخرى ، كانت كاليمين الأولى أو مخالفة لها كاليمين بالله مع ظهار ونحوه .

قال يونس بن عبيد[2]: إلا أن تحدث عليه اليمين الثانية بعد ذلك ، فليعطهم في غد إن شاء .

[فيمن يطعمون في الكفارة ومن لا يطعمون]

قال ابن القاسم : ولا يطعم في شيء من الكفارات من فيه عُلْقَةُ رق ولا ذمياً ولا غنياً ، فإن فعل أعاد ، ولا يجزئ أن يطعم في الكفارات كلها إلا حراً مسلماً ، ولا يطعم[3] في شيء من الكفارات أحداً من قرابته وإن كانت نفقتهم لا تلزمه ، فإن أطعم من لا تلزمه نفقتهم أجزأه إن كانوا محاويج ، ويطعم الرضيع من الكفارات إذا كان قد أكل الطعام ، ويعطى ما[4] يعطى الكبير .

[في المعتق في كفارة الظهار]

ومن أعتق عن ظهاره نصف عبدٍ لا يملك غيره ، ثم أيسر بعد ذلك فابتاع باقيه فأعتقه عن ظهاره ، لم يجزه ؛ لتبعيض العتق ، ولو لم يكن عليه ظهار كان له ملك

---

(١) لا يعجبني هنا على الكراهة ، فإن فعل أجزأه إن لم يجد غيرهم ، كما هنا ، قال الزرويلي : وهو في بعض روايات المدونة من رواية ابن زياد ، ذكره عياض آخر الكتاب . انظر : التقييد (١٩/٣).

(٢) هو يونس بن عبيد بن دينار البصري ، أبو عبد الله ، أحد أئمة الهدى ، كان ثقة حافظاً ورعاً رأساً في العلم والعمل ، توفي سنة (١٣٩هـ)، وقيل (١٤٠هـ)، انظر : تاريخ الإسلام (٥٧٢/٨ وما بعدها).

(٣) في هـ : ولا يعطي .

(٤) في ك : مثل ما . وفي ق : ما يعطاه .

باقيه ، ولو أعتق نصفه عن ظهاره[1] وهو موسر ، فقوم عليه باقيه ونـوى بـه الظـهار لم يجزه ؛ لأن الحكم يوجب عليه عتق بقيته ، ولا يجزيه أن يعتق عـن ظـهاره أو غـيره من الكفارات رقبة يشتريـها بشـرط العتـق ، ولا مدبراً ، أو مكاتبـاً وإن لم يـؤد مـن كتابته شيئاً ، أو معتقاً[2] إلى أجل ، أو أم ولـد ، أو عبـداً ؛ قـال : إن اشتريتـه فـهو حر ، فاشتراه [فأعتقه][3] عن ظهاره لم يجـزه ؛ لأن كـل مـن يعتـق عليـه إذا ملكـه فلا يجزيه عتقه عن ظهار صار إليه بميراث أو هبة أو غيرها ، ولا يجزيه إلا رقبة يملكها [قبل أن تعتق عليه][4] .

وإن أعتق ما في بطن أمته[5] عن ذلك لم يجزه ، ويعتـق إذا وضعتـه ، وإن أعتـق عبده عن ذلك على مال يكون عليه ديناً لم يجزه ، وإن كان المال في يد العبد فاستثناه السيد جاز عتقه إذ له انتزاعه ، كمن أوصى بعتق رقبة فوجـد الوصـي عبـداً[6] يبـاع وأبى ربه بيعه حتى يتعجل من العبد مالاً ، فذلك جائز .

ومن أعتق عبده عن رجل عن ظهار على جعل جعلـه لـه ، فـالولاء للمعتـق عنـه وعليه الجعل كاملاً ، ولا يجزيه عن ظهاره ، كمن اشترى رقبة بشرط العتق .

[في الرقبة التي تجزئ في عتق الكفارة والتي لا تجزئ]

ولا يجزئ في الظهار أو غيره من الكفارات إلا رقبة مؤمنة سليمة ، ولا يجـزئ[7]

---

(١) في ز و هـ : ظهار .

(٢) في ز : معتقة .

(٣) سقطت من ق و ز و ك .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في ز : ما في بطنها .

(٦) في ق : رقبة .

(٧) في ك : ولا يجوز .

أقطع اليد الواحدة أو أصبعين أو أصبع أو الإبهـام أو الإبهـامين أو الأذنـين ، أو أشـل أو أجذم ، أو أبرص أو أصم ، أو مجنون وإن أفاق أحياناً ، ولا أخـرس ولا أعمـى ، ولا مفلوج يابس الشق ، وأجاز غيره[1] مقطـوع الأصبـع الواحـدة أو مـن بـه بـرص خفيف ولم يكن مرضاً .

قـال ابـن القاسـم : ولا يعجبـني[2] الخصـي في الكفـارات ، وأجـاز مـالك عتـق الأعور ، ويجزئ العرج[3] الخفيف أو العيب الخفيـف ، كجـدع في أذن وقطـع أنملـة وطرف أصبع ، فأرجو أن يجزئ في كل الكفارات .

وما كان من عيب فاحش ينقصه فيما يحتاج إليه من غنائـه وجزائـه[4] لم يجـزه ، ويجزئ عتق الصغير والأعجمي[5] في كفارة الظهار إذا كان من قصر النفقـة .

قال مالك : وعتق من صلى وصام أحب إلـيّ .

---

(١) يريد به : أشهب وابن الماجشون . والمعتمد قـول ابـن القاسـم بعـدم الإجـزاء في قطـع الأصبـع ، وكذلك في البرص الخفيف . انظر : التقييد (٢١/٣) ، حاشية الدسوقي : (٤٤٨/٢) .

(٢) قوله : لا يعجبني ، بمعنى الكراهة ، لذلك قال صاحب المختصر : وكره الخصي . انظر : مختصر خليل (١٣٧) ، حاشية الدسوقي (٤٥٠/٢) .

(٣) في ز : الأعرج .

(٤) في ز : من عماية أو جراحة .

(٥) المراد بالأعجمي من يجبر على الإسلام من مجوسي كبير أو كتابي صغير وإن لم يسلم ؛ لأنه على دين مـن اشتراه ، وقـال أشـهب : لا يجزئ حتى يجيـب إلى الإسـلام ، وبقـول أشـهب قـال سـحنون وابـن عبد الحكم : وعلى قول ابن القاسم هل يوقف المظاهر عن النكاح حتى يسلم الأعجمي أو لا يوقف ؛ لأن الأعجمي يجبر على الإسلام ولا يأباه غالباً ، فأعطي حكم الغـالب عليـه وهـو الإسـلام ؟ في هـذا خلاف أشار إليه صاحب المختصر بقوله : وفي الوقف حتى يسلم قـولان . انظر : التقييـد (٢١/٣) ، مواهب الجليل للحطاب (١٢٥/٤) ، حاشية الدسوقي (٤٤٨/٢) ، مختصر خليل (١٣٧) .

قال ابن القاسم : يريد من عقل الإسلام والصيام والصلاة[1] ، وأجاز عتق الرضيع في الكفارة عدد من التابعين[2] ، وأجاز أبو هريرة وغيره[3] عتق ولد الزنا في الكفارات[4] .

[فيمن أعتق عبده عن غيره في الكفارة]

ومن أعتق عبده عن رجل عن ظهاره أو عن شيء من الكفارات فبلغه ذلك فرضي به أجزأه ، كمن أعتق عبده عن ميت لظهار لزمه أو أدى[5] عنه كفارة لزمته أن ذلك يجزيه ، فكذلك الحي إذا بلغه ذلك فرضي به . وقال غيره[6]: لا يجزئ[7] .

وقد قال ابن القاسم غير هذا[8] إذا كان بأمره وهو أحسن ؛ لأنه عتق لا يُرَد

(١) وإن لم يؤمر بهما ولم يفعلهما . انظر : حاشية الدسوقي (٢/٤٥٠) .

(٢) ممن أجاز ذلك من التابعين ابن شهاب ويحيى بن سعيد وربيعة وعطاء وخالد بن عمران . انظر : المدونة (٣/٧٧) .

(٣) يريد بغيره عبد الله بن عمر وفضالة بن عبيد وربيعة ، فقد قالوا بمثل قول أبي هريرة . انظر : المدونة (٣/٧٧) .

(٤) ذكر الحطاب عن ابن رشد أن ولد الزنا يجزئ اتفاقاً . انظر : مواهب الجليل (٤/١٢٧) .

(٥) في ز و ق و هـ : أو ودى .

(٦) يريد به عبد الملك بن الماجشون وأشهب ، فابن الماجشون قال : لا يجزئ وإن رضي ، وأشهب قال : لا يجزئ عنه وإن كان بأمره وسؤاله . انظر : النوادر والزيادات (٥/٣٠٣) .

(٧) في ز : لا يجزئه .

(٨) غير هذا أي : غير قوله المتقدم بالإجزاء إذا رضي به المظاهر . وأشار إلى قول ابن القاسم الثاني بقوله : إذا كان بأمره ، وقوله : وهو أحسن . هذا من كلام سحنون يرجح به قول ابن القاسم الثاني الذي فيه تفصيل ، وهو أنه إذا أعتق بأمر المظاهر أجزأه ، وإذا أعتق بغير أمره لم يجزئه ، والتعليل أيضاً لسحنون . والمشهور في المذهب أن عتق غيره عنه يجزئ وإن لم يأذن ، وذلك بشرطين : الأول أن يعود المظاهر قبل العتق ، وذلك بالوطء أو بالعزم عليه ، والثاني أن يرضى به حين يبلغه ولو بعد العتق . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢/٤٥٠) .

رضي هذا أو كره . أو لا ترى أنه هو لو أعتق رقبة أو كفّر عنه رجل قبل أن يريد العود لم يجزه ، وقاله كبار أصحاب مالك[1] .

[فيما لا يجزئ من الصيام في كفارة الظهار]

ومن صام شعبان ورمضان ينوي بهما الظهار ويريد أن يقضي رمضان في أيام أخر ، لم يجزه [رمضان][2] لفرضه ولا لظهاره[3].

ومن صام ذا القعدة وذا الحجة لظهار عليه أو قتل نفس خطأ لم يجزه[4] ، قال مالك : إلا من فعله بجهالة وظن أن ذلك يجزيه ، فعسى أن يجزيه[5]

---

(١) يعود الضمير في قوله : « وقاله كبار أصحاب مالك » إلى مسألة العود وليس عائداً إلى مسألة من أعتق عبده عن غيره ، ونص المدونة : وقد كان كبراء أصحاب مالك يقولون : إذا كفّر المتظاهر بغير نية للجماع ـ كما قال الله تعالى : ﴿ ثم يعودون ﴾ فمعنى يعودون يريدون ـ أن ذلك لا يجزئه . انظر : المدونة (٣/٧٦) .

(٢) سقطت من ق .

(٣) في ك : عن فرضه ولا عن ظهاره .

(٤) وذلك لتعمده الإخلال بالتتابع ؛ لأنه يصادف في صومه يوم العيد الذي يحرم صومه ، وأيام التشريق التي يكره صومها ، فيكون قطع التتابع بفطر يوم العيد إما حقيقة إذا أفطره أو حكماً إذا صامه ؛ لأن صومه لا يصح .

(٥) اختلف في المذهب في محل عدم قطع التتابع وفي تأويل محل الإجزاء في المدونة ، فقيل : الإجزاء حاصل وإن أفطر أيام النحر الثلاثة ، فإن ذلك لا يقطع التتابع ويبني ، وبه قال ابن القصار ، قال ابن يونس وهو الأصح . وقيل إنما يكون الإجزاء وعدم قطع التتابع إذا أفطر يوم العيد فقط دون أيام التشريق ؛ لأن صومها على الكراهة وليس بحرام كالعيد وهو قول ابن أبي زيد . وقيل : لا يجزيه إلا أن يصوم أيام العيد كلها ثم يقضيها بعد ذلك ويبني ، وهو قول ابن الكاتب . قال ابن يونس : وهذا أضعف الأقوال . انظر : مواهب الجليل (٤/١٢٨) ، حاشية الدسوقي (٢/٤٥٢) ، التقييد (٣/٢٢) .

وما هو[1] بالبين ، وأحب إليّ أن يبتدئ .

[في المظاهر يسافر في شهري ظهاره فيمرض ، وفي المرأة تحيض في صوم متتابع]

قال مالك : ومن سافر في شهري ظهاره فمرض فأفطر فيهما[2] ، فأخاف أن يكون السفر هيج عليه مرضه[3] ، ولو أيقنت أن ذلك لغير حر أو برد أهاجه السفر لأجزأه البناء ولكني أخاف[4] ، ومن صام لظهاره ثم مرض فأفطر فليبن إذا صح ، فإن أفطر يوماً متعمداً بعد قوته[5] على الصوم ابتدأ ، وإن حاضت امرأة في صوم عليها متتابع ولم تصل قضاء أيام حيضتها به فلتبتدئه[6] ، وقول الله عزوجل : ﴿ فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ﴾[7][8] ،

(١) في ز : وما ذلك .

(٢) في ز : فأفطرهما .

(٣) في ز : من مرضه .

(٤) المذهب أنه إذا ظن أو توهم أن السفر أو غيره يهيج عليه المرض ثم فعله ، فإن ذلك يقطع تتابعه ولا يجزئه البناء ، وأما إن تيقن أن ذلك لا يهيج المرض ففعله فهيجه فإنه لا يقطع التتابع ويجزئه البناء . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢/٤٥١) .

(٥) في ز : بعد قوله علي الصيام .

(٦) مفهومه أنها إذا واصلت الصوم بأيام حيضتها تبني ولا تبتدئ وهو كذلك وهذا في غير كفارة الظهار ؛ لأن المرأة لا تظاهر .

(٧) سورة المجادلة ، الآية (٤) .

(٨) في المدونة وردت المسألة هكذا : قلت : أرأيت قول الله تعالى في كتابه : ﴿ فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ﴾ كيف هذا الذي لا يستطيع ؟ ، قال : ما حفظت عن مالك فيه شيئاً ، إلا أنه عندي الصحيح الذي لا يقوى على الصيام من كبر أو ضعف . انظر : المدونة (٣/٨٠) .

يقول لضعف أو كبر وإن كان صحيحاً ، ومن الناس من هو صحيح لا يقوى على الصوم .

[فيمن تظاهر وهو مريض]

ومن تظاهر وهو مريض مثل الأمراض التي يصح من مثلها الناس فلينتظر حتى يصح ، ثم يصوم إذا كان لا يجد رقبة ، وكل مرض يطول بصاحبه ولا يدرى أيبرأ منه أم لا ولعله يحتاج إلى أهله ، فليطعم وليصب أهله ، ثم إن صح أجزأه ذلك الإطعام(١) ؛ لأن مرضه كان إياساً .

قال أشهب : إذا طال مرضه وإن رجي برؤه وقد احتاج إلى أهله فليطعم(٢) .

[في الرجل يظاهر من أربع نسوة له أو امرأتين وكيفية تكفيره بالعتق والصيام والإطعام]

ومن ظاهر من أربع نسوة له في غير مرة [واحدة](٣) ، فلزمه لكل واحدة منهن كفارة ، فأعتق عنهن أربع رقاب في مرة واحدة ، أجزأه وإن لم يعين التي أعتق(٤) عن كل واحدة ؛ لأنه لم يشرك بينهن في العتق ، وليس لهن من ولائهم(٥) شيء ، وكذلك إن أعتق ثلاث رقاب عن ثلاث منهن غير معينات وحاشا واحدة من نسائه

---

(١) في ز و ق : الطعام .

(٢) وحجة أشهب أنه غير مستطيع للصوم فصار فرضه الصيام ولا ينتظر البرء ، كما أنه لو لم يجد رقبة انتقل إلى الصوم ولم ينتظر حتى يجدها . انظر : التقييد : (٣/٢٣) .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ك : يعتق .

(٥) في ك : ولائهن .

لم ينوها بعينها ، أجزأه ، إلا أنه لا يطأ واحدة مـن الأربـع حـتى يعتـق رقبـة رابعـة ، ولو ماتت واحدة منهن أو طلقها كان كذلك[1] أيضاً[2] .

وإن أعتق ثلاث رقاب عن الأربع استأنف عتق أربع[3] رقاب ؛ لأنه أشركهن في كل رقبة ، ولا يجزيه ههنا عتق رقبة رابعة ماتت منهن واحدة أو طلقها أو لم يطلقها ، وكذلـك الجـواب في تظـاهره مـن امرأتـين وعتقـه عنـهما[4] . ولـو صـام ثمانيـة أشـهر متتابعات عن الأربع ينوي لكل واحدة منهن لم يعينـها كفـارة ، أجـزأه[5] ، وكذلـك الإطعام ، فإن أشركهن[6] في كل يوم مـن الصيـام أو في كـل مسـكين في الإطعـام ، لم يجزه إلا أن ينوي بـه مـداً لكـل مسـكين في كفارتـه ، فـإن لم ينـو بـه امـرأة بعينـها ولا كفارة كاملة فيجزيه ذلك ؛ لأن الإطعام يجوز أن يفـرق فيطعـم اليـوم عـن هـذه أمداداً وفي غد عن الأخرى كذلك ثم يتم بعد ذلك كفارة لكل واحدة فتجزيه ، وإن كـان مفترقـاً بخـلاف الصـوم ؛ لأن فيـه شـرط التتـابع ، فـإن مـاتت منـهن واحـدة وقد أطعم [عن جميعهن][7] مائة وعشرين مسكيناً ولم ينو ما لكل واحدة مـن ذلـك ولا أشركهن في كل مسكين ، سقط حظ الميتة من ذلك وجبر على ما بقي بعد ذلك تمام ثلاث كفارات ، ولو تظاهر منهن في كلمة ثم وطئ واحـدة منـهن لزمتـه كفـارة

---

(١) في ز و ق : كان ذلك .

(٢) أي من عدم الإجزاء حتى يعتق رقبة رابعة . انظر : المدونة (٣/٨١) .

(٣) في ز : الأربع .

(٤) في ز : عنهن .

(٥) في ك ينوي كفارة لكل واحدة منهن ولم يعينها أجزأه .

(٦) في ك و ق : شركهن .

(٧) سقطت من ز .

واحدة ، فإن صام شهرين ونوى بصومه التي وطئ وأدخل الباقيات في نيته أو نسيهن فذلك يجزيه عنهن ، ولو جامع ليلاً في صومه غير التي نوى الصيام عنها ابتدأ ؛ لأن صومه كان يجزئ عن جميعهن ، كالحالف بالله في أشياء يحنث[1] بفعل أحدها ، فكفارة تجزيه عن جميعها ، وإن نوى بالكفارة الشيء الذي فيه[2] حنث ، ناسياً لباقيها أو ذاكراً [لذلك][3] .

[في الكفارة قبل الحنث]

وكذلك لو كفر قبل حنثه في اليمين بالله ينوي أحدها أجزأه ، عن جميعها ، وإن كانت الكفارة في اليمين بالله بعد الحنث أحبّ إلينا[4] .

وإن كفر قبل حنثه أجزأه كمن حلف بعتق رقبة أن لا يطأ امرأته فأخبر أن الإيلاء عليه فأعتق إرادة إسقاط الإيلاء . قال مالك : أحبُّ إلي أن يعتق بعد الحنث ، فإن أعتق قبله أجزأه ولا إيلاء عليه . وباقي مسائل هذا الكتاب قد تقدم ذكرها[5] فأغنى عن إعادتها .

* * *

---

(١) في ز : فحنث .

(٢) في ك و ق : به .

(٣) سقطت من ك .

(٤) « أحب » هنا على بابها ، كالتي بعدها في هذه المسألة ، فتأخير الكفارة إلى ما بعد الحنث أفضل ، وإن قدمها على الحنث أجزأته ـ كما تقدم في كتاب الأيمان والنذور ـ .

(٥) وذلك في كتاب الأيمان والنذور من هذا الجزء .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

﴿ كتاب التخيير والتمليك[1] ﴾

[في التخيير بعد البناء]

ومن قال لامرأته بعد البناء[2]: اختاري نفسك ، فقالت : قد اخترت نفسي ، فهي ثلاث ولا مناكرة للزوج[3] ، وإن قالت : قد قبلت أمري ، سئلت : ماالذي قبلت[4]؟ فإن قالت : ما جعل لي من الخيار ولم أطلق ، قيل لها : فطلقي إن أردت أو رُدّي ، فإن طلقت ثلاثاً لزمه ولا مناكرة له ، وإن طلقت دون البتات[5] لم يلزمه شيء ، وإنما لها أن تطلق ثلاثاً أو ترد ذلك ، وإن قالت : أردت بذلك الطلاق ،

---

(١) عرّف الزرويلي التخيير بقوله : التخيير : جعل الزوج لزوجته أن تبين من عصمته أو تقيم فيها . وعرّف التمليك بقوله : التمليك : جعل الزوج ما بيده من الطلاق بيد الزوجة توقعه حسبما كان يوقعه هو . وعرّف ابن عرفة التخيير بقوله : جعل الزوج إنشاء الطلاق ثلاثاً حكماً أو نصاً عليها حقاً لغيره . وعرّف التمليك بقوله : جعل إنشائه حقاً لغيره راجحاً في الثلاث يُخص فيما دونها ببينة أحدهما . انظر : التقييد (٢/٣٩٨) ، حدود ابن عرفة (٢٦٩) ط وزارة الأوقاف المغربية .

(٢) سيأتي حكم التخيير قبل البناء .

(٣) وذلك لأن قوله لها : اختاري نفسك ، ظاهره أنها إذا اختارتها لم يكن له عليها سبيل ولا يملك منها شيئاً بوجه ؛ لأنه قد خيرها في أن تقيم معه وتبقى تحت ملكه أو تخرج عن ملكه ، فإذا اختارت غير البينونة بقي بعضها تحت ملكه يستطيع مراجعتها ، وهذا ليس هو مراده ، فصارت كمن خُيّر بين أمرين فاختار غيرهما . ولأن البينونة لا تقع عند المالكية في المدخول بها بطلقة واحدة إلا في الخلع فقط . الإشراف (٢/٧٥٤) ، بداية المجتهد (٢/١٠٦٤) .

(٤) في ز : اختارت .

(٥) في ز : وإن قالت دون الثلاث .

سئلت : أي الطلاق [أرادت][1]؟ فإن كان دون البتات[2] بطل ، وإن كان البتات[3] لزم ، ولا مناكرة للزوج .

[ما جاء في التمليك]

وله مناكرتها في التمليك[4] إذا قضت بأكثر من واحدة إن ادعى في ذلك نية ويُحلّف ، وإن قضت بواحدة فقال : كذلك أردت ، كان أملك بها .

[فيما يكون من الألفاظ خياراً وما يكون تمليكاً]

وقوله لها : اختاري ، خيار ، وإن قال : أمرك بيدك ، فهذا تمليك ، فإن قال لها : اختاري في واحدة ، فقالت : اخترت نفسي ، وقال الزوج : ما أردت إلا واحدة ، [فإنه][5] يُحلّف وتلزمه واحدة [وله الرجعة[6]][7] ، وإن قال لها :

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ز : دون الثلاث .

(٣) في ز : وإن كان الثلاث .

(٤) لأن التمليك لم يجعل لها فيه الخيار أن تبين منه وتفارقه ، أو تقيم معه ، وإنما جعل لها أن تطلق نفسها واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، إلا أن يناكرها فيعلم أنه لم يجعل إلا ما قال . انظر : المدونة (٢/٣٧٤) .

(٥) سقطت من ق .

(٦) تعقب على البراذعي اختصاره لهذه المسألة حيث حذف منها شيئاً له أثره في الحكم ، فإنها وردت في المدونة هكذا : « أرأيت إن قال الرجل لامرأته : اختاري في أن تطلقي نفسك تطليقة واحدة وفي أن تقيمي ، فقالت : قد اخترت نفسي . . . فقال الزوج : والله ما أردت إلا واحدة ، قال مالك : أرى ذلك لك وهي واحدة وأنت أملك بها » ، فحذف البراذعي « وفي أن تقيمي معي » ، وهي التي لأجلها وجب اليمين ، لذلك اختلفت عن المسألة التي بعدها في وجوب اليمين ، وإنما وجه الشبه بينهما أن كلاً منهما يدين فيها الزوج . انظر : المدونة (٢/٣٧٤) ، التقييد (٢/٤٠٣).

(٧) سقطت من ز .

اختاري في طلقة ، فقالت : قد اخترتها أو اخترت نفسي ، لم تلزمه إلا واحدة وله الرجعة ، وكذلك له الرجعة في التمليك إذا قضت بدون البتات إلا أن يكون مع ذلك فداء[1] فتكون بائناً . وإن قال [لها][2]: اختاري تطليقتين ، فاختارت واحدة ، أو قال [لها][3]: طلقي نفسك ثلاثاً ، فقالت : قد طلقت نفسي واحدة ، لم يقع عليها[4] شيء[5][6].

[وإن خيرها بعد البناء فقالت : قد خليت سبيلك ، ونوت واحدة لم يقع عليها من الطلاق شيء][7]، وإن لم تكن لها نية فهي البتات[8].

[في الأجل في الخيار]

وإن قال لها : اختاري اليوم كله فمضى اليوم ولم تختر فلا خيار لها ، وكذلك إن خيرها ولم يوقت يوماً ثم افترقا من المجلس قبل أن تختار ، فلا خيار لها في قول مالك الأول ، وبه أخذ ابن القاسم وعليه جماعة من الناس[9]،

---

(١) أي فداء مقابل التمليك فيكون في حكم الخلع .

(٢) سقطت من ك و هـ . وفي ق : اختاري في تطليقتين .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ز : عليه .

(٥) في ك : من الطلاق شيء .

(٦) لأنه لم يخير في الواحدة وإنما خيرها في الثلاث أو الاثنتين ، فهي اختارت غير ما خيرها فيه فلم يقع شيءٌ . انظر : المدونة (٢/٤٧٥) .

(٧) ما بين المعكوفتين ورد في ك مكرراً أكثر من مرة .

(٨) لأن معنى الخيار ـ كما تقدم ـ إما أن تبين من العصمة ، وإما أن تقيم .

(٩) وهو الراجح في المذهب ، قال الدردير عند قول خليل : « وأخذ ابن القاسم بالسقوط » : أي سقوط خيارها بانقضاء المجلس أو الخروج عنه لكلام آخر ، وهو المرجوع عنه ، والراجح هو الذي أخذ به ابن القاسم ، بل رجع إليه الإمام ثانياً وبقي عليه حتى مات ، فالوجه الاقتصار عليه . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٤١٢) .

وقوله الآخر إن لها أن تختار وإن مضى الوقت أو تفرقا ما لم توقف أو توطأ ، وإن قال لها : إذا جاء غد فقد خيرتك ، وقفت الآن فتقضي أو ترد ، وإن وطئها قبل غد فلا شيء بيدها .

وإن قال لأجنبية : يوم أتزوجك فاختاري ، فتزوجها فلها أن تختار[1]، وإن قال لها : كلما تزوجتك فلك الخيار أو فأنت طالق ، فالخيار لها والطلاق واقع عليها كلما تزوجها وإن نكحها بعد ثلاث تطليقات ؛ لقوله كلما[2].

وإن قال لامرأته : إذا قدم فلان فاختاري ، فذلك لها إذا قدم ولا يحال بينه وبين وطئها[3] ، وإن وطئها الزوج بعد قدوم فلان ولم تعلم المرأة بقدومه إلا بعد زمان ، فلها أن تختار حين تعلم . وإن خيرها ثم خاف أن تختار نفسها فأعطاها ألف درهم على أن تختاره ، لزمته الألف إن اختارته .

[في الذي يشترط على نفسه في التمليك أو التخيير]

وكذلك إن شرط في عقد نكاحها أنه إن تسرر[4] عليها فأمرها بيدها ففعل ، فأرادت أن تطلق نفسها ، فقال لها : لا تفعلي ولك ألف درهم ، فرضيت بذلك لزمته الألف . وإن خيرها فقالت[5]: قد اخترت نفسي إن دخلت على ضرتي ، فإنها توقف فتختار أو تترك .

---

(١) في ز : فلها الخيار .

(٢) في ز : كلما تزوجتك .

(٣) أي قبل قدوم فلان .

(٤) تسرّر : أي وطئ جارية بملك يمين .

(٥) في ك : فقال لها .

[في التخيير والتمليك قبل البناء]

وإن خيرها قبل البناء فقالت : قد اخترت نفسي أو طلقت نفسي ثلاثاً ، أو قالت له : قد خليت سبيلك ، تريد الثلاث فله أن يناكرها[1]. فإن قال [لها][2]: لم أرد بذلك إلا واحدة ، صدق ؛ لأن الواحدة تبينها ، والخيار[3] والتمليك فيها سواء ، فإن لم تكن له نية حين خيرها فهي ثلاث ولا يناكرها . وإن ملكها[4] قبل البناء أو بعده ولا نية له فالقضاء ما قضت ، ولا مناكرة له إلا أن تكون له نية فله ذلك ، ويحلف على ما نوى .

قال مالك : وإن خيرها أو ملكها فذلك لها مادامت في مجلسها ، وإن تفرقا فلا شيء لها ، وإن وثب حين ملكها يريد قطع ذلك عليها لم ينفعه ، وحد ذلك إذا قعد معها قدر ما يرى الناس أنها تختار في مثله ولم يقم فراراً ، فلا خيار لها بعد ذلك . وقال في باب بعد هذا : إذا طال المجلس وذهب عامة النهار وعلم أنهما قد تركا ذلك أو قد خرجا مما كانا فيه [إلى غيره][5]، فلا قضاء لها ، ثم رجع مالك إلى أن ذلك بيدها حتى توقف أو توطأ[6]، قالت في المجلس : قد

---

(١) إنما كان له أن يناكرها قبل البناء بما فوق الواحدة ؛ لأنها يمكن أن تفارقه وتبين منه بالواحدة ، وأما بعد البناء فإنها لا تبين منه إلا بثلاث ، لذلك لم يكن له مناكرتها ؛ لأن مقتضى الخيار إما البقاء معه ، وإما البينونة والفراق منه .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ك : والتخيير .

(٤) في ز : خيرها .

(٥) سقطت من ك .

(٦) في ك : أو توطأ أو تقبل أو تباشر .

قبلت ، أو لم تقل[1] .

وأخذ ابن القاسم بقوله الأول[2] .

[فيما يحمل من التخيير على التفويض ، وبقية أحكام التخيير والتمليك]

[قال ابن القاسم][3] فإن قال لها : أنت طالق إن شئت ، فكأنه تفويض وذلك بيدها وإن افترقا ما لم توطأ ، وأرى أن توقف فتقضي أو ترد ، وإن قال لها : اختاريني[4] أو اختاري نفسك ، [فقالت : قد اخترت نفسي][5] ، فقال[6]: لم أرد الطلاق وإنما أردت أن تختاري أي ثوب اشتريه لك ، فإن تقدم كلام يدل على ذلك فذلك له ويدين ، وإلا فهو البتات ، وإن قالت : قد طلقت نفسي ، سئلت : أي الطلاق ؟ فإن كان ثلاثاً لزمه ولا مناكرة له [عليها][7] ، وإن كان أقل لم يلزمه[8] .

---

(١) في ز و ك : تقبل .

(٢) هذه المسألة من قوله : قال مالك : وإن خيرها . . إلخ . قد سبقت وهي هنا مكررة ، إلا أنها بتفصيل أكثر . وقد سبق وأن ذكرت أن الراجح في المذهب هي رواية مالك الأولى التي أخذ بها ابن القاسم ، وسقت قول الدردير في ترجيحها ، وأن مالكاً قد رجع إليها مرة ثانية . انظر : (ص٢٨٩) التعليق رقم (٩) . ولعل سبب تكراره هنا لفائدة التسوية بين المدخول بها وغير المدخول بها ؛ لأنها هناك وردت في حكم المدخول بها وهنا في غير المدخول بها .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ز : اختاري .

(٥) سقطت من ز .

(٦) في ز : فقال لها .

(٧) سقطت من هـ و ز و ك .

(٨) في هـ : أقل من الثلاث .

وإن قالت : قد فعلت أو قبلت أمري ، أو اخترت أو اخترت أمـري ، سئلت ما أرادت بذلك ؟، فإن قالت : لم أرد به الطلاق ، صُدّقت ، وإن أرادت به طلاقاً دون البتات لم يلزمـه ، وإن أرادت البتـات لـزم ولا منـاكرة لـه ، وتُسـأل المـرأة في جوابها بماله وجوه تتصرف[1] ما أرادت به في خيار أو تمليك ؟ إلا أنـه يناكرهـا في التمليك خاصة إن ادعى نية ويُحلّف على ما نوى ، فإن لم تكن له نية حين ملكـها فقضت بالثلاث لزمه ، ولا مناكرة له .

[فيما لا تُنوّى فيه المرأة وما تُنوّى فيه]

وإذا أجـابت بألفـاظ ظـاهرة المعانـي ، كقولهـا : اخـترت نفسـي ، أو قبلـت نفسي ، أو طلقـت نفسـي منـك ثلاثـاً ، أو طلقتـك [ثلاثـاً][2]، أو بنـت منـك [أو بنت مـني][3]، [أو حرمـت عليـك ، أو حرمـت علـي ، أو برئـت منـك ، أو برئت مني][4] ونحو هذا ، فهو البتات ، ولا تُسأل فيه المرأة عن نيتـها في خيـار ولا تمليك ، إلا أن للزوج أن يناكرها في التمليك على ما وصفنا .

[قال مالك :][5] وإن قال لها : اختـاري أبـاك أو أمـك ، أو[6] كـانت تكـثر التردد إلى الحمام أو الغرفة ، فقال لها : اختاريني أو اختاري الحمام أو الغرفة ، فإن لم يرد بذلك طلاقاً فلا شيء عليه ، وإن أراد به الطلاق فهو الطلاق .

---

(١) في ق : بماله وجه يتصرف .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقطت من ك .

(٤) سقطت من ز .

(٥) سقطت من هـ .

(٦) في ز : و .

قال ابن القاسم : ومعنى قوله[1] إن أراد به الطلاق [فهو الطلاق][2]: إنما ذلك إذا اختارت الشيء الذي خيرها فيه بمنزلة ما لو خيرها نفسها فإن لم تختر ذلك فلا شيء لها[3].

[في الذي يقول للرجل : خيّر امرأتي ، فتسمعه المرأة ، والذي يخير امرأته ثم يطؤها قبل أن تعلم]

ومن قال لرجل : خيّر امرأتي ، فسمعته المرأة فاختارت نفسها قبل أن يخيرها ، فذلك لازم إن جعله رسولاً ، وإن أراد تفويضه إليه كقوله : خيرها إن شئت أو بكلام دل به على ذلك ، فلا خيار لها حتى يخيرها الرجل . وإن أشهد أنه قد خير امرأته ثم ذهب فوطئها قبل أن تعلم فلها الخيار إذا علمت ، ويعاقب الزوج في فعله ، كما لو شرط لها إن تزوج عليها أو تسرر فأمرها بيدها ، ثم فعل ذلك وهي لا تعلم ، لم ينبغ له أن يطأها حتى يعلمها فتقضي أو تترك ، وإن وطئها قبل أن تعلم فلها الخيار إذا علمت ، [وكذلك الأمة تعتق تحت عبد ، لها أن تمنعه من وطئها حتى تختار ، فإن وطئها قبل أن تعلم فلها الخيار إذا علمت][4]، فإن أمكنته بعد العلم فلا خيار لها .

[في جواب المرأة في التمليك وما تُسأل فيه عن نيتها]

[قال مالك :][5] وإن قال لها : أمرك بيدك ، فطلقت نفسها واحدة فهي

---

(١) في ك : قول مالك .

(٢) سقطت من ق .

(٣) انظر : المدونة (٢/٣٨١) .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٥) سقطت من ز و ق .

واحدة ، فإن قال الزوج : إنما أردت أن تطلق نفسها ثلاثاً ، أو تقيم فالواحدة تلزمه ولا قول له ، وإن قالت : طلقت نفسي البتة ، أو اخترت نفسي ، أو قبلت نفسي ، فهي ثلاث إلا أن يناكرها مكانه فيُحلّف ويلزمه[1] ما نوى من واحدة أو أكثر ، ولا تسأل ههنا كم أرادت من الطلاق ؛ لأنها قد بينت وليس لها أن[2] تقول في هذه الألفاظ أردت دون الثلاث . وإن قالت : قد قبلت [أو قبلت][3] أمري أو طلقت نفسي ، سُئلت عن نيتها ؟ فيلزم ما نوت إلا أن يناكرها الزوج فيما زادت[4] على الواحدة ، فإن جهلوا سؤالها في المجلس حتى مضى شهر أو شهران ثم سألوها فقالت : أردت ثلاثاً ، فللزوج مناكرتها فيما زاد[5] على الواحدة . وإن قالت : لم أرد بقولي قبلت أو قبلت أمري طلاقاً صدقت وكان لها أن تطلق نفسها الآن أو ترد ، وإن كان بعد شهرين ؛ لأن قبولها ما جعل لها لا يزيله من يدها إلا إيقاف من إمام أو تترك [هي][6] ذلك أو توطأ طوعاً ، وإن وطئت كرهاً فهي على أمرها ، وإن قال لها : قد ملكتك الثلاث ، فقالت : أنا طالق ثلاثاً ، فذلك لها .

[في تأجيل التمليك وتكراره باللفظ أو بالنية ، والتمليك على عوض]

وإن قال لها : أمرك بيدك إذا جاء غد ، فذلك وقت ، بخلاف قوله : إذا قدم

---

(١) في ز و ق : ويلزمها .

(٢) في ق : لها هي أن .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ك : زاد .

(٥) في ز و ق : زادت .

(٦) سقطت من ز .

فلان ، وإن قال لها : أمرك بيدك أمرك بيدك [أمرك بيدك][1]، فطلقت نفسها ثلاثاً سُئل الزوج عما أراد ، فإن نوى واحدة حُلّف وكانت واحدة ، وإن أراد الثلاث فهي الثلاث ، وإن لم تكن له نية فالقضاء ما قضت من واحدة فأكثر[2] ، ولا مناكرة له . وإن قال لها : أمرك بيدك ، وأراد ثلاثاً ، فطلقت نفسها واحدة ، فذلك لها وتلزمه طلقة[3] وله الرجعة .

وإن قال لها : أمرك في أن تطلقي نفسك ثلاثاً ، أو قال لها : طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدة لم يلزم[4] كالخيار . وإن ملكها في تطليقتين فقضت بواحدة لزمته طلقة[5] إلا أن يريد معنى الخيار في أن تطلقي [نفسك][6] اثنتين أو تدَعي .

وإن قال لها : أمرك بيدك ، وكرر ذلك ثلاث مرات ينوي بالتكرار[7] ثلاثاً ، فقالت : طلقت نفسي واحدة ، أو ملكها مرة ونوى الثلاث أو لا نية له حين ملكها فقضت بتطليقة أنها واحدة وله الرجعة . وإن ملكها ولا نية له فقالت : [قد][8] حرمت[9] نفسي أو بتت نفسي أو أبنت نفسي ، فهي ثلاث .

---

(١) سقطت من ك و ز .

(٢) في ز : أو أكثر .

(٣) في ك : طلقة واحدة .

(٤) في ك : لم يلزمه .

(٥) في ك : الطلقة . وفي ز و ق : لزمه طلقة .

(٦) سقطت من ز و ق .

(٧) في هـ : وإن قال لها : أمرك بيدك ، أمرك بيدك ، أمرك بيدك ، ينوي بالتكرير ثلاثاً .

(٨) سقطت من ز .

(٩) في ك : حرمت عليك نفسي .

وإن قال لها : أمرك بيدك ، ثم قال لها أيضاً قبل أن تقضي : أمرك بيدك على ألف درهم ، فلها القضاء بالقول الأول بلا غرم ، كالقائل لزوجته : إن أذنت لك أمك فأنت طالق البتة ، ثم قال لها بعد ذلك : إن أذنتُ لك [إليها][1] ، إلا أن يقضي [به][2] علي سلطان[3] فأنت طالق [ثلاثاً][4] ، فالقول الثاني منه ندم والأول يلزمه .

وإن ملكها قبل البناء ولا نية له فطلقت نفسها واحدة ثم واحدة ثم واحدة ، فإن نسقتهن لزمته الثلاث ، إلا أن تنوي هي واحدة كطلاقه إياها إذا كان نسقاً قبل البناء ، وإن ملكها قبل البناء أو بعده فقالت : قد خليت سبيلك ، فإن نوت بذلك واحدة أو اثنتين [أو ثلاثاً][5] لزمه ذلك ، إلا أن يناكرها فيما زاد على الواحدة ، ويحلف إن ادعى نية ، فإن لم تنو هي شيئاً فهي ثلاث ، إلا أن تكون للزوج نية فله ما نوى مع يمينه .

[في الذي يملّك أمر امرأته لرجلين]

وإن ملّك أمر امرأته رجلين لم يجز طلاق أحدهما دون الآخر ، إلا أن يكونا رسولين كالوكيلين[6] في البيع والشراء ، ولو كان أمة فملكها ولا نية له أو نوى الثلاث فقضت بالثلاث فهي ثلاث ؛ لأن طلاق الحر الأمة ثلاث ، ولو كان عبداً لزمته طلقتان ؛ لأن ذلك جميع طلاقه .

---

(١) سقطت من ز ، وفي هـ : إن أذنت لك إلى أمك .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في هـ : علي به السلطان .

(٤) سقطت من ز .

(٥) سقطت من ك و ز .

(٦) في ك : كالولبين .

[فيمن خاطب امرأته بكلام ينوي به التمليك]

قيل[1]: فإن قال لها : حياك الله ، يريد بذلك التمليك ، أو : لا مرحباً ، يريد بذلك الإيلاء أو الظهار . [قال][2]: قال مالك : كل كلام ينوي به الطلاق فهي طالق ، وكذلك هذا .

[فيمن قال لزوجته : طلقي نفسك أو أنت طالق ، وجوابها على ذلك]

وإن قال لها : طلقي نفسك أو طلاقك بيدك ، فذلك كالتمليك إن طلقت نفسها ثلاثاً أو قضت بالبتات ، فإن قال[3] الزوج : أردت واحدة ، فالقول قوله إذا ردّ عليها مكانه ويحلف وإلا فالقضاء ما قضت . ولو قال لها : طلقي نفسك فقالت [4]: اخترت نفسي ، أو حرّمت نفسي ، أو بتت نفسي ، أو برئت منك[5] ، أو أنا بائنة منك ، فذلك كله ثلاث إن لم يناكرها في مجلسه ، وله مناكرتها مكانه فيما زاد على الواحدة إن ادعى نية ويحلف .

[في تعليق التمليك وتأجيله وما يكون من الطلاق تمليكاً]

وإن قال لها : أنت طالق [ثلاثاً][6] إن شئت ، فذلك كالخيار ولا تلزمه الواحدة إن قضت بها ، وإن قال [لها][7]، أنت طالق واحدة إن شئت ،

---

(١) في ز : قال .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ز و ق : وقال .

(٤) في ز : فقالت له .

(٥) في ك : أو برئت نفسي منك .

(٦) سقطت من ز .

(٧) سقطت من ك و هـ .

فقالت : قد شئت ثلاثاً ، لزمته واحدة ، وإن قال : طالق كلما شئت فلها أن تقضي مرة بعد مرة ، ولا يزول ما بيدها إلا أن ترد ذلك ، أو توطأ طوعاً ، أو توقف ، فلا قضاء لها بعد ذلك ، [كما لو قال لها : أمرك بيدك إلى سنة ، فتركت ذلك عند سلطان أو غيره ، فلا قضاء لها بعد ذلك][1] .

وإن ملكها إلى أجل فلها أن تقضي مكانها ، وإن قال لها : أنت طالق غداً إن شئت ، فقالت : أنا طالق الساعة ، أو قال لها : أنت طالق الساعة - إن شئت - فقالت : أنا طالق غداً ، وقع الطلاق فيهما[2] جميعاً الساعة ، وكذلك من ملك امرأته فقضت بالطلاق إلى أجل فهي طالق مكانها ، وإن قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فردت ذلك فلا ردّ لها ؛ لأن هذا يمين متى دخلت وقع الطلاق ، بخلاف قوله : أنت طالق كلما شئت ؛ لأن هذا[3] غير يمين وهو من وجه التمليك .

وإن قال لها : أمرك بيدك ، ثم قال لها : أنت طالق ، فإن قضت بواحدة لزمته طلقتان ، وإن قضت بالثلاث فله أن يناكرها إن كانت له نية أنه ماملّكها إلا واحدة وتكون اثنتين . وإن خيّرها أو ملكها فلم تقض حتى طلقها ثلاثاً أو واحدة[4] ، ثم نكحها بعد زوج أو بعد عدتها من الطلقة فلا قضاء لها ؛ لأن هذا ملك مستأنف .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ك .

(٢) في ز : بينهما .

(٣) في ز : ذلك .

(٤) في ز : أو اثنتين .

[فيمن جعل التمليك إلى أجنبي]

وإذا ملكها أمرها أو ملّك أمرها لأجنبي ثم بدا له ، فليس له[1] ذلك ، والأمر إليهما ، فإن قاما من المجلس قبل أن تقضي المرأة أو الأجنبي فلا شيء لهما بعد ذلك في قول مالك الأول ، وبه أخذ ابن القاسم[2] ، ولهما ذلك في قوله الآخر ما لم يوقفا[3] أو توطأ الزوجة ، وإن خلى هذا الأجنبي بينها وبين زوجها وأمكنه منها زال ما بيده من أمرها[4] ، فإن جعل أمرها بيد رجل[5] يطلق متى شاء فلم يطلق حتى وطئها الزوج ، زال ما بيد الرجل ، فإن لم يطأ الزوج حتى مرض[6] فطلقها الوكيل في مرض الزوج لزمه الطلاق وترثه كما ترثه المفتدية في مرضه ، والتي قال لها في صحته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق البتة ، فدخلتها وهو مريض فإنها ترثه .

[في الشروط في النكاح ، والتمليك إلى أجل]

وإن شرط لها في عقد النكاح إن تزوج عليها فأمرها بيدها فتزوج فقضت بالثلاث فلا مناكرة له ، وإن كان تبرع بهذا الشرط بعد العقد فله أن يناكرها فيما زاد على الواحدة إن ادعى نية ويحلف .

---

(١) في ك : لك .

(٢) سبق أن ذكرت أن المعتمد في المذهب هو قول مالك الأول الذي أخذ به ابن القاسم ، وأن مالكاً رجع إليه ثانية ، ونقلت في ذلك كلام الدردير والدسوقي . انظر هامش (٩) في صفحة (٢٨٩) من هذا الجزء .

(٣) في ز : توقف .

(٤) في ز : من أمرهما .

(٥) في هـ : رجل أجنبي .

(٦) المراد هنا : المرض المخوف .

[قال مالك :][1] وإن قال لها : أمرك بيدك إلى سنة ، فإنها توقف متى [ما][2] علم بذلك ولا تترك تحته ، وأمرها بيدها حتى توقف فتقضي أو ترد[3].

قال ابن القاسم : وكذلك إن قال لها : إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق ، فإنها توقف الآن فتقضي أو ترد ، إلا أن يطأها في الوجهين[4] وهي طائعة ، فيزول ما بيدها ولا توقف .

[في البتات والحرام ونحو ذلك من ألفاظ الطلاق]

وإن قال لها[5] قبل البناء أو بعده : أنت عليّ حرام ، فهي ثلاث[6] ، ولا ينوى في المدخول بها ، وله نيته في التي لم يدخل بها في واحدة فأكثر ، وإن قال : أردت بذلك الظهار لم يصدق . وإن قال لها : أنت طالق البتة ، فهي ثلاث ، وإن قال : أردت واحدة ، لم يقبل منه قبل البناء ولا بعده .

قال مالك : ويؤخذ الناس بما لفظت[7] به ألسنتهم [من أمر الطلاق][8] .

قال ابن القاسم : ولا يدين في الطلاق[9].

---

(١) سقطت من ز .

(٢) سقطت من ز و هـ .

(٣) في ك : وتقضي أو تترك .

(٤) في ز : الوجهين جميعاً .

(٥) في ك : قال مالك : ومن قال لزوجته .

(٦) في ز : فهي حرام .

(٧) في ك و ز : بما نطقت .

(٨) سقطت من ز .

(٩) انظر : المدونة (٢/٣٩٣) .

وإن قال لها : برئت مني أو بنت مني أو أنت خلية ، وقال : لم أرد بذلك طلاقاً ، فإن تقدم كلام يكون هذا جوابه ، [يدل][1] على أنه لم يرد به الطلاق ، وإلا فقد بانت منه إذا كان كلاماً مبتدأ ، وإن قال : أردت بذلك الظهار[2] ، لم يصدق ، وإن قال : كل حلال[3] عليّ حرام ، فلا يلزمه وإن نوى عموم التحريم ، إلا في زوجاته ، نواهن حين تكلم بذلك أم لا ، وبنَّ منه ، إلا أن يحاشيهن بقلبه أو بلسانه فيكون ذلك له ، وينوى ، ولا شيء عليه في غيرهن مما حرم من ماله أو أمهات أولاده ، أو لبس ثياب أو طعام أو غيره ، ولا تلزمه كفارة يمين ، [وإن نوى به اليمين][4].

وقال ربيعة : من قال : الحلال عليّ حرام ، فهي يمين إذا حلف أنه لم يرد امرأته ، ولو أفردها كانت طالقاً البتة ، وقاله ابن شهاب[5] ، إلا أنه لم يجعل فيها يميناً[6] ، وقال : ينكل على أيمان اللبس[7] ، وقال زيد بن أسلم : إنما كفّر النبي ﷺ

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ز : الطلاق .

(٣) في ق و هـ : كل حلٍ .

(٤) سقطت من ز .

(٥) انظر : المدونة (٢/٣٩٥) .

(٦) في ك : فيها كفارة يمين .

(٧) أيمان اللبس : أي الأيمان التي فيها تلبيس ، مثل قول بعضهم : عليّ بعض تطليقة وأنت سائبة ، ونحو هذا من العبارات التي يُحتار فيها ولا يتضح المراد منها ، فإنها ينكل عليها ، أي يعاقب ويعزر ، وقد كان عمر يفعل ذلك لكل من أراد أن يلبس في الأحكام . انظر : التقييد (٢/٤٠٣).

[يمينه][1] في قوله لجاريته أم إبراهيم : « والله لا أطؤك » لا في قوله لها بعد ذلك : « أنت علي حرام »[2].

وإن قال لها : قد حرمتك عليّ ، أو حرمت نفسي عليك فهو سواء ، وإن قال لها : قد طلقتك ، أو أنا طالق منك ، فهو سواء ، وهي طالق ، وإن قال لها : أنت عليّ حرام ثم قال : لم أرد بذلك الطلاق إنما أردت الكذب ، فالتحريم يلزمه ولا ينوى .

قال ابن القاسم : وقد سئل مالك ـ رحمه الله ـ عن ما يشبه هذا فلم يجعل له نية ، [وأخبرني][3] من أثق به أن مالكاً سئل[4] عن رجل لاعب امرأته فأخذت بفرجه على وجه التلذذ فنهاها فأبت ، فقال لها : هو عليك حرام ، وقال : أردت أن أحرم أن تمسه ولم أرد [بذلك][5] تحريم امرأتي ، فتوقف فيها مالك وتخوف أن يكون حنث فيها[6]. ورأى غيره[7] من أهل المدينة أن التحريم يلزمه ، وهذا أخف

(١) سقطت من ز .

(٢) قصة تحريم النبي ﷺ لجاريته (مارية) وحلفه عن وطئها رواها مالك في المدونة (٢/٣٩٥) ، والطبري في تفسيره (٢٨/١٠٠) سورة التحريم . والقرطبي (٨/٦٦٥٦) سورة التحريم . والنسائي في السنن ، كتاب النكاح (٣٤١٩) ، والحاكم في المستدرك (٢/٤٩٣) سورة التحريم ، وقال هذا حديث صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه . والدارقطني (٣/٤٢) .

(٣) في ز بياض في محل هذه الكلمة .

(٤) هذه هي المسألة التي أراد ابن القاسم في قوله : ولقد سئل مالك عن ما يشبه هذا . . . إلخ .

(٥) سقطت من ز .

(٦) في ز : قد حنثه فيها .

(٧) لم أجد نسبة هذا القول في الأمهات لأحد معين من أهل المدينة ، وإنما وردت نسبته لأهل المدينة ، هكذا من غير تحديد .

عنـدي ممـن نـوى الكـذب في التحـريم ، ولم أقـل لـك إن التحـريم يلـزم صـاحب الفـرج[1].

[في الكناية الظاهرة والخفية في النكاح][2]

[وإن قال لها : أنت علي كالميتة ، أو كالدم ، أو كلحم الخنزير فهو ثـلاث ، وإن لم ينو به الطلاق][3] .

---

(١) في المدونة : « ولم أقل لك في صاحب الفرج أن ذلك يلزمه في رأي ، ولكن في مسألتك في التحـريم أرى أن يلزمه التحريم ولا ينوى » . قلـت : قولـه : صـاحب الفـرج يقصـد بـه المسـألة المتقدمـة في الرجل الذي لاعب امرأته فأخذت بفرجه . وقول ابن القاسم : « ولكن في مسألتك في التحريم أرى أن يلزمه التحريم » يدل على أنه جزم بالتحريم في هذه المسألة ولم يتوقف كما توقف مالك في مسألة الفرج ، وقد علل ابن القاسـم ذلـك في المدونـة بقولـه : فـالذي سـألت عنـه عنـدي أشر وأبـين أن لا ينوى ؛ لأنه ابتدأ التحريم من قبل نفسه ، وهذا الذي سئل عنه مـالك قـد كـان لـه سبب ينـوى بـه . انظر : المدونة (٢/٣٩٤) .

(٢) يقسم المالكية ألفاظ الطلاق إلى ثلاثة أقسام : صريح ـ وهو ما كـان بلفـظ الطـلاق ـ ويلـزم فيـه الطلاق ولا يفتقـر للنيـة إلا بقرينـة . وكنايـة ظـاهرة . وكنايـة خفيـة ، والكنايـة الظـاهرة ثلاثـة أقسام : ما يلزم فيه الطلاق الثلاث في المدخول بها وغيرها ولا ينوى ـ مثل البتات وحبلـك على غاربك ـ ، وما يلزم فيه الثلاث في المدخول بها وينوى في غير المدخول بها ، مثل قوله : خليت سبيلك ونحو ذلك ، وما يلزم فيه الثلاث وينوى مطلقاً في المدخول بها وفي غيرها ، وذلـك مثـل قولـه : أنت كالميتـة ، أو أنـت خليـة أو بريـة ، أو وهبتـك لأهلـك ... ، أمـا الكنايـة الخفيـة في الطـلاق فـإن كـان نـوى بهـا الطـلاق فـهي على مـا نـوى ، وإلا فـلا ، وذلـك مثـل : انصرفي أو ادخلي الدار أو اخرجي ، ويراعى البساط في الكنايـات . انظـر : الشـرح الكبـير مـع حاشـية الدسوقي (٢/٢٧٧وما بعدها) ، مواهب الجليل مع التاج والإكليل (٤/٥٤ وما بعدها) ، المعونة (٢/٨٤٨وما بعدها) ، والقوانين الفقهية (٢٣٠) .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

وإن قال لها[1]: حبلك على غاربك فهي ثلاث ولا ينوّى .

وإن قال لها : أنت خلية أو برية أو بائنة ، قال : مني أو أنا منك ، أو لم يقل ، أو [قال][2]: وهبتك أو رددتك إلى أهلك ، قال عبد العزيز[3]: أو إلى أبيك ، فذلك في المدخول بها ثلاث ، ولا ينوى في دونها قبل الموهوبة أهلها ، أو ردوها ، وله نيته في ذلك كله إن لم يدخل بها في[4] واحدة [فأكثر منها ، وإن لم يكن له نية فذلك ثلاث فيهن .

وقال ربيعة في البرية والخلية والبائنة : إنها ثلاث في المدخول بها ، وإن لم يدخل بها فهي واحدة[5]][6] .

قال ابن القاسم : وأما[7] قوله : أنا منك باتٌّ ، أو أنتِ [مني][8] باتة ، فلا ينوى قبل البناء ولا بعده أنه أراد واحدة وتلزمه ثلاث ، وإن قال لها : أنا خليّ أو بريّ أو بائن أو باتّ ، قال : منك ، أو لم يقل ، أو قال : أنت خلية أو برية أو بائنة ، قال : مني ، أو لم يقل ، إلا أنه قال في هذا كله : لم أرد به طلاقاً ، فإن تقدم كلام[9] من غير الطلاق يكون هذا جوابه فلا شيء عليه

---

(١) في ك : ومن قال لزوجته .

(٢) سقطت من ز .

(٣) هو ابن الماجشون ، تقدمت ترجمته .

(٤) في ز : فهي .

(٥) أي سواء نوى واحدة أو أكثر ، والمشهور قول ابن القاسم .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٧) في ز : وإنما .

(٨) سقطت من ق و ز .

(٩) هذا ما يسمونه بالبساط .

ويديّن[1] ، وإلا لزمه ذلك ولا تنفعه نيته . وإن قال لها بعد البناء : أنت طالق واحدة بائنة فهي ثلاث ، وكذلك إن[2] قال لها : التحقي أو استبرئي أو ادخلي أو اخرجي ، يريد بقوله واحدة بائنة فهي ثلاث .

وإن قالت له : أودّ لو فرّج الله لي من صحبتك ، فقال لها : أنت بائن أو خلية أو برية أو بائنة ، أو قال : أنا منك بريء أو خليٌّ أو بائن أو بات ، ثم قال : لم أرد به الطلاق[3] وأردت بالبائن فرجة بيننا ، لزمه الطلاق ولا ينوى ، كما لو سألته الطلاق فقال لها : أنت بائن ، ثم قال[4]: لم أرد الطلاق فلا يصدق ؛ لأنه جواب لسؤالها .

[فيما جاء في ألفاظ مختلفة من الطلاق]

وإن قال لها : قد خليت سبيلك وقد بنى أو لم يبن فله نيته في واحدة فأكثر منها فإن لم تكن له نية فهي ثلاث .

قال ابن وهب عن مالك : وقوله : قد خليت سبيلك ، كقوله : قد فارقتك ، وإن قال لها : اعتدي اعتدي اعتدي ، أو قال : أنت طالق أنت طالق أنت طالق نسقاً[5] ، فهي ثلاث إلا أن ينوي[6] واحدة بنى بها أم لا ، وإن قال لها : أنت طالق

---

(١) يدين : أي يصدق ، كما تقدم شرحها .

(٢) في ك : أو قال لها .

(٣) في ز : لم أرد بذلك طلاقاً .

(٤) في ك : ثم قال لها .

(٥) في ز : سفهاً .

(٦) لأن إيراد الألفاظ هكذا نسقاً يحتمل التأكيد ، ويحتمل التأسيس ، ونيته هي التي تعين مراده من ذلك .

اعتدي ، [لزمته طلقتان][1] إلا أن ينوي إعلامها أن عليها العدة فتلزمه واحدة ، وإن قال لها كلاماً مبتدأً : اعتدي ، لزمه الطلاق ، ويسأل عن نيته كم نوى ؟ واحدة أو أكثر ؟ ، فإن لم تكن له نية فهي واحدة ، وإن لم يرد به الطلاق وكان جواباً لكلام قبله كدراهم تعتدها ونحوه فلا شيء عليه ، وإن قال لها : إلحقي بأهلك ، ولم ينو طلاقاً فلا شيء عليه ، وإن نوى طلاقاً فهي ما نوى من واحدة فأكثر ، وكذلك لو قال لها : يا فلانة ، أو أنت حرة ، أو اخرجي ، أو تقنعي ، أو خزاك الله ، أو كلي ، أو اشربي ، أو كلاماً ليس من ألفاظ الطلاق ، فلا شيء عليه إلا أن يريد بذلك الطلاق ، فيلزمه ما نوى من واحدة فأكثر ، فأما إن أراد أن يلفظ بأحرف الطلاق فلفظ [بما ليس من ألفاظ الطلاق][2] غلطاً فلا شيء عليه حتى ينوي أنها بما يلفظ به طالق ، فيلزمه ما ذكرنا .

وإن قال لها : يا أمة يا أُخت أو يا عمة أو ياخالة ، فلا شيء عليه وذلك من كلام [أهل][3] السفه[4] .

ومن خطب إلى رجل فقال : هي أختك من الرضاعة ، ثم قال بعد ذلك : والله ما كنت إلا كاذباً ، فلا يتزوجها[5].

---

(١) سقطت من ك .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ك ، والمثبت من ط .

(٣) سقطت من ك و ق .

(٤) انظر : المدونة (٣٩٩/٢) .

(٥) وردت في كتاب الرضاع مسألة قريبة من هذه وفيها قال مالك : أرى أن يفرق السلطان بينهما ويؤخذ بإقراره الأول ، وفي هذه المسألة قال : لا يتزوجها ، ولم يتعرض للحكم فيما لو تزوجها . قال في التقييد : فإن فعل ، أي تزوجها : لم يقض عليه بالفراق ، بخلاف مسألة =

[فيمن قال : فلانة طالق ، وسمى اسماً يطلق على زوجته وأمته]

وإن قال : حكمة طالق ، وله زوجة وجارية تسميان كذلك ، فقال : نويت الجارية ، فإن كانت عليه بينة لم يقبل منه ، وله ذلك في الفتيا[١] .

[فيما لا ينوى فيه من الألفاظ الصريحة]

ولو حلف لسلطان طائعاً بطلاق امرأته في أمر كذب فيه ، وقال : نويت امرأتي الميتة ، فلا يُنوّى في قضاء ولا فتيا ، لأنه قال : امرأتي ، وتطلق امرأته ، [قال مالك :][٢] وإن قال لزوجته : أنت طالق البتة ، فقال : والله ما أردت بقولي ألبتة [طلاقها][٣] ، وإنما أردت واحدة ، فزل لساني فلفظت بالبتة ، فهي ثلاث .

قال سحنون : وهذا الذي قال : البتة ، قد كان[٤] عليه بينة فلذلك لم ينوِّه مالك .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالق ، وقال : نويت من وثاق ولم أرد الطلاق ولا بينة عليه وجاء مستفتياً ، فهي طالق ، كما لو قال لها كلاماً مبتدأً : أنت برية[٥] ، ولم ينوِ به الطلاق ، فهي طالق .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : ويؤخذ الناس في الطلاق بألفاظهم ، ولا تنفعهم نياتهم

= كتاب الرضاع ؛ لأن هذا قاله عند الخطبة إليه فيحتمل أنه أراد صرفه بهذا القول ، بخلاف إذا قال ذلك من غير خطبة . . . وقال بعض القرويين : إذا تزوج فرق بينهما ولا يعذر بما قال . وهي ومسألة كتاب الرضاع سواء . انظر : المدونة (٢/٤١٢) ، التقييد (٢/٤١٧) .

(١) أي إذا لم تكن عليه بينة . انظر : المدونة (٢/٣٩٩) .

(٢) سقطت من ك ، وفي ز : قال ربيعة .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ك : كانت .

(٥) في ك : برية أو خلية .

في ذلك ، إلا أن يكون جواباً لكلام كان قبله[1].

[فيما ينوى فيه من ألفاظ الطلاق فيكون طلقة واحدة أو أكثر أو لا يكون طلاقاً]

وإن قال لها : أنت طالق تطليقة ، ينوي بها أن لا رجعة لي عليك فيها ، فله الرجعة ، وقوله : لا رجعة لي عليك ونيته ، باطل[2]، إلا أن ينوي بقوله : لا رجعة لي عليك البتات . وإن قال لها : أنت طالق ، ونوى اثنتين أو ثلاثاً فهو ما نوى ، وإن لم ينو شيئاً فهي واحدة ، وإن أراد أن يطلق ثلاثاً أو يحلف بها فقال : أنت طالق ، ثم سكت عن ذكر الثلاث وتمادى في يمينه ، فإن كان حالفاً فهي واحدة إلا أن يريد بلفظه[3] أنت طالق الثلاث[4] فتكون ثلاثاً ، ولو أخذ ليحلف على شيء فلما قال : طالق ثلاثاً ، بدا له فصمت فلا شيء عليه ، وإن قال لها : أنت طالق الطلاق كله ، فهي الثلاث .

---

(١) انظر : المدونة (٢/٤٠٠) .

(٢) رجعت إلى هذه المسألة في المدونة بطبعتيها : طبعة دار الفكر وطبعة دار صادر ، وقد وردت فيهما كما وردت هنا في التهذيب ، وهي - كما ترى - فيها غموض ؛ لأن قوله : « وقوله لا رجعة لي ونيته باطل » مع أنه لم يتقدم في صدر المسألة أنه قال : « لا رجعة لي » وإنما نوى ذلك ، فكيف يقول : قوله « لا رجعة لي عليك ونيته باطل » ؟ ولعل أصل هذه المسألة هكذا : وإن قال لها : أنت طالق تطليقة « لا رجعة لي عليك » ، وهو ينوي أن لا رجعة له عليها ، فله الرجعة ، وقوله : لا رجعة لي عليك ونيته باطل ، إلا أن ينوي بقوله لا رجعة لي عليك البتات ، فسقطت لا رجعة لي عليك من صدر المسألة ، ويمكن أن يكون قوله « وقوله لا رجعة له عليك » كلام مستأنف ، فيستقيم المعنى على ضعف في التركيب ، والله أعلم .

(٣) في ز : بقوله .

(٤) في هـ : يريد بلفظه : طالق البتات .

وإن قال لها : لست لي بامرأة ، أو [قال :][1] ما أنت لي بامرأة أو لم أتزوجك ، أو قال له رجل : ألك امرأة ؟ فقال : لا ، فلا شيء عليه في ذلك إلا أن ينوي به الطلاق ، وإن قال لها : لا نكاح بيني وبينك ، أو لا ملك لي عليك أو لا سبيل لي عليك ، فلا شيء عليه إذا كان الكلام عتاباً ، إلا أن ينوي بقوله هذا الطلاق .

قال ابن شهاب : وإن قال لها : أنت سائبة أو مني عتيقة أو ليس بيني وبينك حلال ولا حرام ، فليحلف ما أراد بذلك طلاقاً ويدين ، فإن نكل وزعم أنه أراد [به][2] طلاقاً ، كان ما أراد من الطلاق ويحلف على ذلك ، وينكل من قال مثل هذا عقوبة موجعة ؛ لأنه لبّس على نفسه وعلى حكام المسلمين ، وقال القاسم بن محمد[3] في عبد تحته امرأة[4] فكلمه أهلها فيها ، فقال : شأنكم بها ، فرأى الناس ذلك طلاقاً[5] .

قال ربيعة : وإن قال لها : لا سبيل لي عليك ، دُيِّن ، وكذلك إن قال لها : لا تحلين لي ، يدين[6] ؛ لأنه إن شاء قال : أردت الظهار أو اليمين .

قال عطاء بن أبي رباح : ومن قال : والله مالي امرأة فهي كذبة .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ز : ابن شهاب والقاسم بن محمد .

(٤) في ك و هـ : حرة .

(٥) انظر : الموطأ (٢/٥٥٢) كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخلية والبرية وأشباه ذلك ، وفيه : فرأى الناس ذلك تطليقة واحدة .

(٦) في ز : وكذلك إن قال لها لا تجلسي لي في بيت يدين .

قال ابن شهاب : وإن قال لها : أنت السراح ، فهي واحدة إلا أن يريد بذلك بتّ الطلاق[1] ، وقال جماعة من الصحابة[2] رضوان الله عليهم في البتة والحرام والخلية والبرية والبائنة : إنها ثلاث . انتهى .

* * *

* *

*

(١) انظر : المدونة (٢/٤٠٣) .

(٢) ممن قال بذلك : ابن عمر وعلي بن أبي طالب - رضي الله عنهم - انظر : الموطأ (٢/٥٥٢) كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخلية والبرية وأشباه ذلك . وانظر : المدونة (٢/٤٠٢) .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

﴿ كتاب الإيلاء[1] ﴾

[في الأيمان التي توجب الإيلاء ، ومدة إيلاء الحر والعبد]

قال مالك رحمه الله : وإذا حلف حرّ أن لا يطأ امرأته أربعة أشهر أو العبد شهرين فليسا بموليين حتى يزيدا على ذلك ، وإن حلف أن لا يتطهر منها من جنابة ، أو آلى[2] منها بحج أو عمرة ، أو بصوم أو بطلاق ، أو بعتق أو بهدي ، أو قال : إن قربتك فعليّ أن أصلي مائة ركعة ، أو حلف[3] بالله أن لا يطأها حتى يقدم فلان أو حتى يوفي لفلان حقه ، أو حتى يفعل كذا ، وهو ما يمكنه فعله أم لا ، فهو في جميع ذلك مولٍ .

قال مالك : وإن قال لها : إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً ، فهو مول ؛ إذ لها أن

---

(١) الإيلاء : الحلف ، وقيل : الامتناع ، وفيه ثلاث لغات : آلى إيلاء ، وتألى تألياً ، وأتلى ائتلاء ، والجمع ألايا ، مثل عطايا ، قال الشاعر :

قليل الألايا حافظ ليمينه فإن سبقت منه الألية برت

وقد خصص في عرف الشرع بحلف الأزواج على الامتناع من زوجاتهم ، قال ابن عرفة في تعريفه : « هو حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه » .

وحكم الإيلاء الحرمة ؛ لأن المقصود منه الضرر . انظر : اللسان (١/١٩٣) ، المصباح (٢٠) ، التقييد (٣/٢٤) ، شرح حدود ابن عرفة (٢٧٧) ، الفواكه الدواني (٢/٥٠) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٤٢٦) .

(٢) في ز : وآلى منها .

(٣) في ز : يحلف .

تقيم بلا وطء ، وروى عنه أكثر الرواة أنه لا يمكن من الفيء بالوطء ، إذ باقي وطئه لا يجوز ، وروي عنه أيضاً أن السلطان يطلق عليه حين ترافعه ، ولا يضرب له أجل المولي ولا يمكن من فيئه[1][2].

قال ابن القاسم : رفعته قبل أربعة أشهر أو بعدها .

قال سحنون : وهذا أحسن .

وإن قال لها : إن وطئتك حتى أمس السماء فعليّ كذا[3]، فهو مول ؛ إذ لها أن تقيم بلا وطء ، فإن قامت عليه قبل أجل الإيلاء ، لم يوقف حتى يحل أجل الإيلاء فيوقف ؛ لأن فيئته [بعد الأجل][4] الوطء ، فإما فاء فأحنث نفسه ، وإلا طلق

---

(١) في ك : من فيئته .

(٢) وعلى هذه الرواية لا يكون مولياً ، وهي قول ابن القاسم ، واستحسنها سحنون ، وأما الرواية الأولى التي فيها أنه يكون مولياً ، فقد حكاها اللخمي وابن رشد .

قال ابن رشد : وإن كان الطلاق ثلاثاً ففي ذلك اختلاف كثير ، تحصيله أن في ذلك قولين : أحدهما : أنه مول . . . فلا يطلق عليه حتى يحل أجل الإيلاء . . . ، والثاني أنه ليس بمول . . . ، فقيل : يعجل عليه الطلاق من يوم حلف ، وهو قول مطرف ، وقيل : لا يعجل عليه حتى ترفعه امرأته إلى السلطان وتوقفه . قلت : وهو قول ابن القاسم ، والمعتمد في المذهب أنه ليس بمول وينجز عليه طلاقه الثلاث من يوم الرفع ، ولا يضرب له أجل الإيلاء ، وإلى هذا الخلاف أشار خليل في مختصره بقوله :« وفي تعجيل الطلاق إن حلف بالثلاث وهو الأحسن ، أو ضرب له الأجل ، قولان فيها » ، أي في المدونة . انظر : المدونة (٣/٩٥) ، المقدمات (١/٦٢١) ، حاشية الدسوقي (٢/٤٣٠) ، مواهب الجليل (٤/١٠٧) ، الشرح الصغير (٢/٦٢٢) ، مختصر خليل (١٣٤) .

(٣) في ك : كذا وكذا .

(٤) سقطت من ز .

عليه السلطان ، وإن قال لها : إن وطئتك فعلي نذر أو يمين كفارة ، فهو مول . قيل : فإن حلف بالله أن لا يلتقي معها إلى سنة ؟ قال : كل يمين يمنع الجماع فهو بها مول ، فإن كان هذا يمتنع منه بيمينه فهو مول .

قال ابن شهاب : وإن حلف أن لا يكلمها وهو في ذلك يمسها فليس بمول .

قال مالك : وليس في الهجران إيلاء ، وإن حلف بالله أن لا يطأها[1] واستثنى فرآه مالك مولياً وله أن يطأ بلا كفارة[2]. وقال غيره[3]: لا يكون مولياً .

وإن حلف أن لا يطأها بعهد الله وميثاقه أو كفالته أو ذمته أو قدرته أو عظمته أو جلاله ، فهذه كلها أيمان ، فما حلف به من ذلك فهو به مول بنفس[4] الإيلاء والأجل فيه أربعة أشهر من يوم حلف للحر ، وشهران للعبد ، كانت زوجة أحدهما

---

(١) في هـ : أن لا يطأ .

(٢) قول مالك هنا أن المستثني يكون مولياً ويطأ بلا كفارة ، استشكل من وجهين :

أحدهما : أن الاستثناء حل لليمين فكيف يكون معه مولياً ؟!

وثانيها : كيف يكون موليا ويطأ من غير كفارة ؟!

وقد أجيب عن هذا الإشكال بأن قول الإمام بالإيلاء هنا محمول على ما إذا رفعته الزوجة للحاكم ولم تصدقه بأنه أراد بالاستثناء حلّ اليمين وإنما أراد التبرك والتأكيد ، بقرينة امتناعه من الوطء فإنه يدل على أنه لم يرد حلّ اليمين ، وأما المفتي فيصدقه في إرادة حلّ اليمين ولا يفتيه بلحوق الإيلاء ، ولكن يطلق حالاً إذا امتنع من الوطء ، وأما عدم إلزامه بالكفارة ؛ فلأن الاستثناء في اليمين مسقط للكفارة وليس محتملاً لغير ذلك كما في الإيلاء . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢/٤٣٨ - ٤٣٩) .

(٣) القائل بذلك هو أشهب وعبد الملك ابن الماجشون . انظر : النوادر والزيادات (٥/٣١٦) .

(٤) في ك و ز : نفس .

أمة أو حرة ، مسلمة أو كتابية ، وإنما ينظر في أجـل الإيـلاء للرجـال ؛ لأن الطـلاق على الرجال والعدة على النساء .

[فيما لا يوجب الإيلاء من الألفاظ]

وإن قال لها : أشهد ألا أقربك أو أعزم على نفسي أو أقسم ، فلا يكـون بذلـك مولياً إلا أن يريد بالله ، وقوله أشهد ولعمري ليس بيمين .

وإن قال لها : إن وطئتك فهو يهودي أو نصراني أو زان ، أو حلـف ليغضبنـها أو ليسوءنها ، فترك [الوطء][1] أربعة أشهر ، فليس بمول .

[فيما ينوى فيه من ألفاظ الإيلاء ، والإيلاء عن الوطء في دار أو مصر]

وإن قـال لها : والله لا أطؤك ، فلما مضت أربعة أشهر وقف ، فقال : أردت أن لا أطأها بقدمي ، قيل له : إن وطئت بان صدقك[2] وأنت في الكفارة أعلم إن شئت فكفر أو فدع . وكذلك إن قال : [أردت][3] أن لا أطأها في هذه الدار ، قيل له : أخرجـها وجامعـها إن كنـت صادقـاً ثم لا كفـارة عليـك ، ولا يـترك مـن غـير أن يجامعها ، وإن بين فقال : لا أطـؤك في هـذه الـدار سنة فليـس بمـول ، ولكـن يؤمـر بالخروج منها ليجامع إذا طلبت ذلك المـرأة . وإن قـال [لهـا][4]: لا أطـؤك في هـذا المصر أو في هذه البلدة ، فهو مول .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ز : إن وطئت صدقناك . وفي هـ : إن وطئت الآن صدقت .

(٣) سقطت من ز .

(٤) سقطت من ك .

[فيمن حلف في الإيلاء بعتق عبد أو صدقة مال أو صيام في الحال أو الاستقبال]

قال ابن القاسم : وإن قال لها[1]: إن وطئتك فكل مملوك أملكه فيما أستقبل حر ، أو[2] كل مال أملكه من ذي قبل صدقة ، فليس بمول ، ولو حلف بهذا لم يكن عليه أن يتصدق بثلث ما يفيد ، فإن خص بلداً لم يكن مولياً حتى يملك من تلك البلدة مالاً أو عبداً فيكون مولياً حينئذ ؛ للزوم الحنث له بالوطء ، وكل يمين لا يحنث فيها بالوطء فليس بمول .

قال غيره[3]: هو مول[4] قبل الملك إذ يلزمه بالوطء عقد يمين من رأس أو مال[5]، وقاله ابن القاسم أيضاً[6]. وإن قال : إن جامعتك فعليّ صوم هذا الشهر فليس بمول ، إلا أنه إن جامعها فيه صام بقيته ، فإن لم يطأها حتى انسلخ فلا شيء عليه ، كمن حلف بعتق عبده إن جامع امرأته فباع عبده ثم جامعها ، لم يكن مولياً .

---

(١) في ك : ومن قال لزوجته .

(٢) في ز و ق : وكل .

(٣) يريد به أصبغ ، وهو أيضاً قول لابن القاسم كما يذكر المصنف بعد قليل . انظر : النوادر والزيادات (٥/٣١٩) .

(٤) في ك : هو مول يوم اليمين قبل الملك .

(٥) في ز : رأس المال .

(٦) هذا قول ثان لابن القاسم ، وهو الموافق لقول أصبغ المتقدم ، والمعتمد في المذهب هو قول ابن القاسم السابق بعدم الإيلاء حتى يملك من تلك البلدة مالاً أو عبداً ، وهو الذي مشى عليه خليل في مختصره ولم يذكر القول الآخر ، حيث قال نافياً للإيلاء : « ولا إن لم يلزمه بيمينه حكم ككل مملوك أملكه حر ، أو خص بلداً قبل ملكه منها » ، انظر : مختصر خليل (١٣٤) حاشية الدسوقي (٢/٤٣١) .

[فيمن حلف ألا يطأ امرأته في مدة أكثر من أربعة أشهر ، أو كرر الحلف]

وإن قال لها : والله لا أطؤك في هذه السنة إلا يوماً ، لم يلزمه الإيلاء إلا أن يطأ وقد بقي منها أكثر من أربعة أشهر ، واختلف فيها بالمدينة[1]، وإن حلف أن لا يطأها حتى تفطم ولدها[2]، أو إلى[3] سنة ، فمضت السنة قبل توقفه فليس بمولٍ ، وإن حلف أن لا يطأها ثمانية أشهر فوقف لأربعة أشهر فأبى أن يفيء فطُلّق عليه ثم ارتجع ، فإن انقضت الأربعة الأخرى قبل تمام العدة ولم يمس ، فرجعته ثابتة ، وإن انقضت العدة قبلها فليست برجعة ، وإن قال لها : والله لا أطؤك ، ثم قال بعد ذلك بشهر : عليّ حجة إن قربتك ، [فوقف][4] لأربعة أشهر من اليمين الأول فطلق عليه ثم ارتجع ، فلا إيقاف عليه لليمين الثانية ؛ إذ لو حنث بالوطء لزمته اليمينان جميعاً[5]، فكذلك التطليق عليه إن لم يف باليمينين جميعاً ، وقاله غيره .

[في الحالف بالطلاق أو بالعتق ليضربن عبده]

ومن حلف بالطلاق ليجلدن عبده جلداً يجوز له ، فباعه قبل أن يجلده ، ضرب

---

(١) في المدونة : وقد اختلف فيها أهل المدينة ولم أسمع من مالك فيها شيئاً ولست أرى عليه إيلاء . انظر : المدونة (٣/٨٩) .

(٢) وردت في ك زيادة بعد هذه الجملة وهي قوله : « قال مالك : لا يكون مولياً ، قال ابن القاسم عنه : لأنه ليس بضرر إنما أراد صلاح ولدها » . قلت : وهذا تعليل مفيد .

(٣) في ك : وإن قال : والله لا أجامعك إلى سنة .

(٤) سقطت من ز .

(٥) تعليل عدم إيقافه لليمين الثانية ورد في المدونة هكذا : « لأن اليمين التي زادها إنما هي توكيد ، ألا ترى أنه لو وقف فحنث نفسه أن الحنث يجب عليه باليمينين جميعاً ، فكذلك إذا حلف بالطلاق إذا أبى الفيء فذلك لليمينين » ، وهو كما ترى أوضح مما اختصره به البراذعي ؛ لذلك نقلته هنا لإيضاح هذا المعنى . انظر : المدونة (٣/٩٠) .

له أجل المولي إن رفعته ، فإن حلّ الأجل قبل أن يملكه بشراء أو غيره فيجلده ، طلقناها عليه واحدة ، فإن ملكه في العدة أيضاً فضربه كانت له الرجعة ، وإن انقضت قبل أن يملكه بانت منه ، ثم إن نكحها عاد مولياً ووقف ، إلا أن يملكه فيضربه فيبر . قال ابن دينار[1]: ساعة باعه طلقت عليه .

[قال ابن دينار : ومن حلف بحرية غلامه ليضربنه ، فباعه قبل الضرب][2]، نقضت البيع وأعتقته عليه إذ لا أنقض صفقة مسلم إلا إلى عتق ناجز .

[في دخول الإيلاء لضرر من غير حلف ، وفي الحالف بالطلاق ليحجنّ أو ليخرجنّ ولم يوقت]

ومن دخل عليه الإيلاء لضرر أو غيره ولم يحلف على ترك الوطء ، مثل أن يقول : إن لم أفعل أو لأفعلن كذا فأنت طالق ، فهو على حنث ولا يطأ ، فإن رفعته ضُرب له الأجل من يوم رفعته .

قال غيره[3]: هذا إذا تبين ضرره بها وإن لم يمكنه فعل ما حلف عليه لم يحل بينهما ولا يضرب له أجل ، فإذا أمكنه فعل ذلك حيل بينهما وضرب له أجل المولي إن رفعته .

---

(١) هو محمد بن إبراهيم بن دينار ، أبو عبد الله الجهني المدني كان من كبار أصحاب مالك ، قال ابن عبد البر : كان فقيهاً فاضلاً له بالعلم رواية ودراية . وقال ابن حبيب : كان هو والمغيرة أفقه أهل المدينة . توفي سنة اثنتين وثمانين ومائة . انظر : ترتيب المدارك (١٨/٣) ، تهذيب الكمال (٣٠٦/٢٤) .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٣) القائل لذلك هو عبد الملك بن الماجشون ، وقيل هو أيضاً قول ابن القاسم . انظر : التقييد (٣٣/٣) .

كالحالف بالطلاق ليحجن ولم يوقت سنة بعينها وهو في أول السنة ، أو لأخرجن إلى بلد كذا ولا يمكنه الآن الخروج لخوف طريق ونحوه ولا يستطيع الحج في أول السنة ، فهذا لا يحال بينه وبين امرأته ، فإذا أمكنه خروج أو جاء وقت الحج فتركه إلى وقت[1] إن خرج لم يدركه ، منع حينئذ من الوطء ، وضرب له أجل المولي من يومئذ إن رفعته ، فإن فعل ما يَبَرُّ به[2] من الحج إن كان يدركه أو الخروج إلى البلد قبل الأجل بَرّ ، وإن جاء الأجل ولم يفعل ما أمكنه من ذلك طلق عليه ، فإن ارتجع ففعل الحج أو الخروج[3] إلى البلد قبل انقضاء ، العدة ثبتت رجعته ؛ لأن فيئته ههنا فعله ، وأما في نفس الإيلاء فالوطء فيئته .

وقال ابن نافع عن مالك : له الوطء ما بينه وبين أول حجه ، فإذا جاء إبّان الخروج الذي يدرك فيه الحج من بلده فحينئذ لا يمسها حتى يحج[4] .

[في الذي يقول امرأته طالق إن لم تهب له ديناراً ، أو إن لم تسلم إن كانت نصرانية]

ومن قال [لرجل][5]: امرأتي طالق إن لم تهب لي ديناراً ، أو لامرأته النصرانية : أنت طالق إن لم تسلمي ، حيل بينه وبينها ولم يدخل عليه في هذا إيلاء ،

---

(١) في ز : إلى وقت الحج . وفي ق : إلى وقت آخر .

(٢) في ز : ما نذر من الحج .

(٣) في ز و ق : والخروج .

(٤) قول ابن نافع هنا موافق لقول ابن الماجشون المتقدم ، وهو أيضاً موافق لقول ابن القاسم ، إلا أنه فيه تفصيل أكثر . انظر : التقييد (٣٣/٣) ، النوادر والزيادات (٣٢٤/٥) .

(٥) سقطت من ك .

ولكن يتلوم له الإمام على قدر ما يرى أنه أراد بيمينه ، فإن أسلمت أو وهب له الأجنبي[1] الدينار وإلا طلقت عليه .

[في الذي يولي ويظاهر من أجنبية]

ومن قال لأجنبية : والله لا أطؤك ، وأنت علي كظهر أمي ، ثم نكحها لزمه الإيلاء ولم يلزمه الظهار ، إلا أن يريد [بقوله][2] إن تزوجتك فيلزمه الظهار .

ولا يجوز لرجل أن يطأ أم جارية له قد وطئها بملك اليمين .

[في الذي يطلق أجنبية ويولي منها ثم يتزوجها]

وإن قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق ووالله لا أقربك ، فإن نكحها طلقت[3] ، ثم إن نكحها ثانية لزمه الإيلاء ، وإن قال لها : إن تزوجتك فوطئتك فأنت طالق ، كان مولياً من يوم التزويج ، فإن وطئها طلقت [عليه][4] وسقط الإيلاء .

[في الإيلاء من الصغيرة التي لا توطأ ، والمطلقة الرجعية]

ومن آلى من صغيرة لا يوطأ مثلها ، لم يؤجل حتى يمكن [من][5] وطئها ، فمن يومئذ يضرب له الأجل . ومن طلق امرأته طلقة بملك الرجعة ثم آلى منها ، فهو مول إن مضت أربعة أشهر قبل انقضاء العدة فإما فاء أو طلق [عليه][6].

---

(١) في ز : الآخر .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ك : طلقت عليه .

(٤) سقطت من ز .

(٥) سقطت من ك .

(٦) سقطت من ز .

[فيمن حلف ألا يطأ امرأته بعتق عبد أو طلاق أخرى أو بموت شخص أو بقدومه]

[١] وإن قال لها : إن وطئتك فعبدي ميمون حر ، فباعه فله أن يطأ ، فإن اشتراه عاد مولياً ولا يحنث إلا بالوطء ، وهو في ملكه ، وإن قال : زينب طالق واحدة ، أو قال : ثلاثاً إن وطئتُ عزة ، فطلق زينب واحدة ، فإن انقضت عدتها فله وطء عزة ، ثم إن تزوج زينب بعد زوج أو قبل زوج ، عاد مولياً في عزة ، [فإن وطئ عزة][٢] بعد ذلك أو وطئها في عدة زينب من طلاق واحدة ، حنث ، ووقع على زينب [ما ذكر][٣] من الطلاق ، ولو طلق زينب ثلاثاً ثم نكحها[٤] بعد زوج ، لم يعد عليه في عزة إيلاء لزوال [طلاق][٥] ذلك الملك كمن حلف بعتق عبد له[٦] أن لا يطأ امرأته فمات العبد فقد سقط اليمين[٧]، ولو طلق عزة ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج وزينب عنده ، عاد مولياً ما بقي من طلاق زينب شيء ، كمن آلى أو[٨] ظاهر ثم طلق ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج ، فذلك يعود عليه أبداً حتى يكفر أو يفيء .

---

(١) في ك : قال ابن القاسم .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ك : تزوجها .

(٥) سقطت من ز .

(٦) في ز : بعتق عبده .

(٧) في ز : فمات العبد بعد اليمين .

(٨) في ك : وظاهر .

ومن حلف أن لا يطأ امرأته حتى يموت فلان ، أو [حتى][1] يقدم أبوه ، وأبوه باليمن فهو مول .

[فيمن آلى من نسائه الأربع ، أو حلف ألا يطأ زوجته إلا في بلد معين أو عند حصول أمر معين]

ومن قال لنسائه الأربع : والله لا أقرب واحدة منكن ولا نية له ، لواحدة[2] بعينها فيمينه على جميعهن ، فإن ماتت إحداهن أو طلقها البتة كان على إيلائه[3] فيمن بقي ، وإن وطئ واحدة منهن حنث في جميعهن ويكفر ، ثم لا كفارة عليه فيمن وطئ من البواقي ، ولا يطلّق على المولي لتمام أجل الإيلاء حتى يوقف . وإن حلف أن لا يطأ امرأته إلا في بلد كذا ومسافتها أقل من أربعة أشهر أو أكثر ، أو حتى يكلم فلاناً أو يقضيه[4] حقه فهو مولٍ ، فإن وقف بعد الأجل فقال : دعوني أخرج ، فإن كانت البلدة قريبة والرجل في موضع قريب مثل ما يختبر بالفيئة[5] ، فذلك له ، وإن بعد ذلك طُلّق عليه ، ولا يزاد فيما أحلّ الله ، وقيل له : ارتجع إن أحببت .

[في صفة الفيئة في الإيلاء]

[6] وإن جامعها المولي بين فخذيها بعدما وقفته أو قبل أن توقفه ، فلا يفيء

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ز : بواحدة .

(٣) في ك : كان عليه الإيلاء .

(٤) في ز : أو حتى يقضيه .

(٥) في ز : في الفيئة .

(٦) في ك : قال ابن القاسم .

إلا بالجماع إذا لم يكن عذر ، ولا يفيء بالوطء دون الفرج ، ولا بالقبلة والمباشرة[1] واللماس ، إلا أن الكفارة تلزمه بالوطء دون الفرج ، إلا أن يكون نوى الفرج فلا تلزمه كفارة ، كمن حلف بعتق أمته إن وطئها ، فإنه يحنث بالوطء دون الفرج .

وتحمل أيمانهم على الاعتزال حتى يخص بنيته الفرج ، وأحسن للمولي أن يكفر في اليمين بالله بعد الحنث ، وإن كفر قبله أجزأه وزال عنه الإيلاء .

قال أشهب : لا يزول عنه الإيلاء حتى يطأها وهو أعلم في كفارته إذ لعله كفر عن يمين بالله سلفت ، إلا أن تكون يمينه في شيء بعينه فتزول .

[فيما جاء في توقيف المولي وتعجيل حنثه]

قال ابن القاسم وغيره : إذا وقف المولي فعجل حنثه زال إيلاؤه ، مثل أن يحلف أن لا يطأ بطلاق امرأة له أخرى ، أو بعتق عبد له بعينه ، فإن طلق المحلوف بها أو أعتق العبد أو حنث فيهما ، زال الإيلاء عنه .

[في توقيف المريض والغائب والمسجون وفيئتهم]

وكذلك إن حلّ الأجل وهو مريض أو مسجون أو غائب ، وكانت يمينه بما ذكرنا أو بصدقة شيء بعينه أو بالله ، لم تطلق عليه ، ولكن[2] يوقف المريض أو المسجون في موضعه ويكتب إلى الغائب ، وإن كان بلده مسيرة شهر أو شهرين فيوقف أيضاً في موضعه ، فإما عجلوا الكفارة أو إيقاع ما ذكرنا من المعيّنات ، من عتق أو طلاق أو صدقة ، وإلا طلق على كل واحدة آلى منها ، فإن قالوا : نحن نفعل ، اختبروا مرة وثانية ، فإن لم يفعلوا طلق عليهم .

---

(١) في ك : ولا بالمباشرة .

(٢) في ز : ولم .

قال ابن القاسم : في يمينهم بالله إنهم إن فاؤوا بألسنتهم أجزأهم .

قال سحنون : وهذه الرواية أصح من كل ما كان من هذا الصنف غير هذا ، وعليه أكثر الرواة[(١)].

قال ابن القاسم : وإذا أمكنهم الوطء فلم يطؤوا طلق عليهم ، ولو كفروا في تلك الحال المتقدمة ثم أمكنهم الوطء فلم يطؤوا فلا إيلاء عليهم ، فإن آلوا بما لا يكفّر قبل الحِنث[(٢)] فالفيئة لهم بالقول ، حتى يمكنهم الوطء فيطؤوا أو يطلق عليهم ، ولا يحنث المريض إذا فاء بلسانه ، وإنما يحنث إذا جامع . وإن وقف المولي وهي حائض فقال : أنا أفيء ، أمهل حتى تطهر ، وإن آلى الصحيح ثم مرض فلم يف بالكفارة فطلق عليه ثم مات من مرضه ذلك ، ورثته .

[في ترك الوطء من غير إيلاء]

[ومن][(٣)] ترك وطء زوجته لغير عذر ولا إيلاء لم يُترك[(٤)]، فإما وطئ أو طلق[(٥)]، وكذلك يقضي[(٦)]، وقد كتب عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنه -

---

(١) وهي المعتمدة في المذهب ، والرواية المراد بها رواية تعجيل الكفارة . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤٣٥/٢) ، التقييد (٣٧/٣) .

(٢) وذلك كاليمين بعتق عبد غير معين أو صدقة غير معينة ، أو مشي أو طلاق فيه رجعة ، ونحو ذلك مما لا تجزئ فيه الكفارة قبل الحنث . انظر : التقييد (٣٧/٣) .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ز : لم يطلق .

(٥) من ترك وطء زوجته من غير حلف ، يلزمه مالك الإيلاء إذا قصد الإضرار ؛ لأن الحكم إنما لزمه باعتقاده ترك الوطء ، وسواء أكد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين ؛ لأن الضرر يوجد في الحالتين . وقد خالف مالك الجمهور في هذا الفرع . انظر : بداية المجتهد (١١١٤/٣) .

(٦) في ق و هـ : وكذلك القضاء .

إلى قوم غابوا بخراسان : إما قدموا أو يدخلون نساءهم إليهم أو طلقوا [1].

ومن تزوج امرأة بكراً أو ثيباً فوطئها مرة ثم حدث له من أمر الله ما منعه الوطء ، وعلم أنه لم يترك ذلك وهو يقدر عليه ولا ليمين عليه ، فلا يفرق بينه وبينها أبداً . وإن آلى خصي أو شيخ كبير قد تقدم له فيها وطء ، أو آلى الشاب ثم قطع ذكره ، لم يوقّفوا ولا حجة لنسائهم .

[في رجعة المولي ، وما يعود عليه من الإيلاء]

[2] وإن طلق على المولي للأجل وهي مستحاضة فارتجع ولم يطأ حتى مضت أربعة أشهر ثانية ، ولم[3] تتم العدة ؛ لأن عدتها سنة ، فلا يوقف ثانية ، ولكنه إن وطئ في العدة فهي رجعة ، وإن لم يطأ حتى تمت العدة لم تكن رجعة .

وإن آلى من امرأته بعد البناء ثم طلقها واحدة فحلّ أجل الإيلاء قبل تمام العدة وقف ، فإن طلق عليه الإمام كانت طلقة أخرى ، وإن تمت العدة قبل الأجل فقد بانت منه ، وإن نكحها عاد مولياً ووقف لأربعة أشهر من يوم نكح ، [لا][4] لتمام الأجل الأول .

والمولي والمظاهر إذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج ، فذلك يعود عليه

---

(١) هذا الأثر رواه مالك في المدونة . (٣/١٠١) .

(٢) في ك : قال مالك .

(٣) في ز : أو لم .

(٤) سقطت من ز .

أبداً حتى يفـيء أو يُكَفِّـر . وإن آلى هـذا إلى أجـل بعيـد فطلـق عليـه لأجـل الإيـلاء ثم نكحها بعد ذلـك ، فـإن بقـي مـن أجـل يمينـه أكـثر مـن أربعـة أشـهر عـاد موليـاً وإلا لم يعـد . وإذا طلـق علـى المـولي وقـد بـنى فلـه الرجعـة في بقيـة العـدة بـالقول ، ويتوارثان ما لم تنقض [العدة][1] ، فإن ارتجعها بالقول فواسـع لـه أن يخلـو وإياهـا ، فـإن لم يطـأ حـتى دخلـت في أول دم الحيضـة الثالثـة حلـت ، ولم تكـن تلـك رجعـة إلا لمعذور بمرض أو سجن أو سفر ، فرجعته رجعة بالقول ، ثم إذا أمكنه الوطء بعـد العدة فلم يطأ فرق بينهما وأجزأته العدة الأولى إلا أن يكون خلا بهـا فيـها وأقـر أنـه لم يطأ ، فلتأتنف العدة ولا يكون له عليها رجعة في هذه العدة المؤتنفـة ، فـإن قـال : إنـي وطئتها ، فأنكرت هي فالقول قوله مع يمينه ، وإذا طلـق علـى المـولي قبـل البنـاء فلا رجعة له ، وإن طلق عليه وقد بنى[2] ، ثم لم يرتجع بـالوطء حـتى تمـت العـدة ، ثم تزوجها فعاد الإيلاء عليه وأوقفته لتمام الأجل فلم يف فطلق عليه ، فإنه لا رجعة لـه ههنا ، إذ لا عدة عليها ؛ لأنه لم يبن في النكاح الثانـي .

[في إيلاء العبد والكافر وأيمانهما]

وإذا آلى العبد ثم عتق وقد بقي من أجل إيلائه شهر ، فلزوجته إيقافه لتمام أجـل العبد ، ولا ينتقل إلى أجل الحر ، كانت هي حرة أو أمة ؛ إذ لو طلق واحدة ثم أعتق لم ترجع عنده إلا على واحدة ، كما أن الأمة إذا أعتقت وهي في عدتهـا مـن طـلاق يملك الزوج الرجعة[3] أم لا لم تنتقل من عدة الإماء .

---

(١) سقطت من ز و هـ و ق .

(٢) في ك : وقد بنى بها .

(٣) في ز : فيه الرجعة .

وإن آلى العبد بعتق أو بصدقة كان مولياً ؛ لأنه لو حنث ثم أعتق لزمته اليمين .

قال مالك في عبد حلف في جارية إن اشتراها فهي حرة : لا أحب[1] [2] له شراءها وإن لم يأمره سيده باليمين ، وما حلف به الكافر من إيلاء أو يمين بالله أو بظهار أو عتق أو طلاق أو صدقة ، لم يلزمه ذلك إذا أسلم .

* * *

* *

*

(١) في ز : لا يحب . وفي ق : لا يجب له شراؤها .

(٢) لا أحب هنا حملوها على الكراهة . انظر : التقييد (٣/٤٠) .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

﴿ كتاب اللعان[1] ﴾

[في موجب اللعان]

واللعان يجب بثلاثة أوجه : فوجهان مجتمع عليهما ، وذلك أن يدعي أنه رآها تزني كالمرود في المكحلة ثم لم يطأها بعد ذلك ، أو ينفي حملاً يدعي قبله استبراءً ، والوجه الثالث أن يقذفها بالزنا ولا يدعي رؤية ولا نفي حمل ، فأكثر الرواة يقولون : إنه يحد ولا يلاعن ، قاله ابن القاسم مرة ، وقاله المخزومي وابن دينار[2] ، وقالا : إن نفى حملاً ولم يدع[3] استبراء جلد الحدّ ولحق به الولد ، وقال ابن القاسم مرة أخرى : [إنه][4] إن قذف أو نفى حملاً لاعن ، ولم يكشف عن شيء[5] ، وقاله ابن نافع .

---

(١) اللعان لغة : البعد ، يقال : لعنه الله : أبعده عن رحمته ، وكانت العرب تطرد الشرير وتسميه لعيناً ، لئلا تُؤاخَذ بجرائره ، واشتق اللعان هنا من اللعنة التي في خامسة الزوج ، وذلك في قوله كما في الآية : ﴿ والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ﴾ ، وإنما سمي اللعان لعاناً ولم يسمى غضباً مشتقاً من قول الزوجة في الخامسة : ﴿ أن غضب الله عليها ﴾ ؛ لأن الزوج أسبق في اللعان وهو السبب في لعان المرأة .

وأما اللعان في الشرع فقد عرفه ابن عرفة بقوله : « حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له ، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدّها بحكم قاض » . انظر : الفواكه الداوني (٢/٥٤) ، التقييد (٣/٤٠) ، شرح حدود ابن عرفة (٢٨٩) .

(٢) المخزومي : هو المغيرة بن عبد الرحمن ، وابن دينار هو محمد بن إبراهيم ، تقدمت ترجمتهما .

(٣) في ك : ولا يدعي .

(٤) سقطت من ز .

(٥) اختلف في المذهب في المشهور من قولي ابن القاسم ، وقد ذكرهما خليل في مختصره =

[في صفة اللعان]

ويبدأ الزوج في اللعان فيشهد أربع شهادات ، يقول في الرؤية : أشهد بالله لرأيتها[1] تزني ، وفي نفي الحمل : أشهد بالله لزنت[2]، ويقول في الخامسة : أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، وتقول المرأة في الرؤية : أشهد بالله ما رآني أزني ، وفي الحمل : أشهد بالله ما زنيت [أربع

= ولم يشهر أحدهما هو ولا شراحه ، قال في المختصر : « وفي حده بمجرد القذف أو لعانه خلاف » ، قال الدسوقي : « واختلف في تشهيرهما ، فبعضهم شهر الأول ، وبعضهم شهر الثاني » . قلت : وقد صحح ابن رشد في المقدمات القول الأول ، حيث قال : « وأما من قذف زوجته ولم يدع رؤية ولا نفى حملاً ، فالأصح من الأقاويل أنه يحد ولا يلاعن ، ومن أوجب اللعان فيه جعل العلة في ذلك دفع الحد عن نفسه مع أنه ظاهر القرآن قوله : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ﴾ لم يذكر نفي حمل ولا رؤية زنا ، وهذا ليس ببين ؛ لأن الحكم إنما هو لمعاني الألفاظ لا لظواهرها » ، هذا بالنسبة للقذف ، أما بالنسبة لنفي الحمل فالمعتمد في المذهب أنه لا يثبت به اللعان إلا بعد استبراء أو عدم وطئها أصلاً وأتت بالولد في مدة لا يلحق به فيها لقلتها ، بأن وضعته كاملاً لخمسة أشهر فأقل ، أو لكثرتها بأن وضعته بعد خمس سنين من يوم الوطء ، أو أتت به بعد ستة أشهر من يوم استبرائها بالحيضة أو بالوضع . انظر : مختصر خليل (١٣٩)، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤٦١/٢)، المقدمات (٦٣٥/١)، الشرح الصغير (٦٦١/٢)، الفواكه الدواني (٥٤/٢) .

(١) في ك لقد رأيتها .

(٢) نفي الحمل بهذه الصفة هو المشهور في المذهب وهو الذي في المدونة ، وقال ابن المواز : صفة نفي الحمل أن يقول : « أشهد بالله ما هذا الحمل مني » ، ومشى خليل في مختصره على قول ابن المواز حيث قال : « وشهد بالله أربعاً لرأيتها تزني ، أو ما هذا الحمل مني » ، قال الدردير : قول ابن المواز أوجه ، كما هو ظاهر . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤٦٣/٢) ، مختصر خليل (١٤٠) .

مرات][1] ، وتقول في الخامسة ، أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين .

[فيمن يحق لهما اللعان]

واللعان بين كل زوجين ، كانا [حرين أو][2] مملوكين أو أحدهما ، أو محدودين أو كتابية تحت مسلم ، إلا الكافرين فلا لعان بينهما ، وأما الأمة والكتابية فلا يلاعن الزوج في قذفهما بغير رؤية ، كان حراً أو عبداً ، إذ لا يحد قاذفهما ، ويلاعن فيهما إن أحب إذا نفى حملاً ، وادعى استبراء ، أو ادعى رؤية لم يمس بعدها لخوف الحمل ، ولو شاء أن يلاعن في قذفهما ليحق ذلك عليهما لم أمنعه .

[في مكان اللعان ووقته]

ويلتعن المسلم في المسجد عند الإمام دبر الصلوات بمحضر من الناس ، وفي الحديث أنهما تلاعنا[3] بعد العصر[4] .

وتلاعن النصرانية في كنيستها حيث تعظم وتحلف بالله ، وللزوج أن يحضر[5] معها إن شاء أو يدع ، ولا تدخل هي معه المسجد ؛ لأنها تمنع من المسجد . وبتمام

---

(١) سقطت من ك و ز .

(٢) سقطت من ق .

(٣) في ز : يتلاعنان .

(٤) هو حديث عويمر بن الحارث العجلاني أنه لاعن امرأته في المسجد بعد العصر ، وأصل الحديث في الصحيحين ، البخاري برقم (٥٠٠٢) ، ومسلم برقم (٣٧٢٣) من غير زيادة بعد العصر في المسجد ، وقد روى هذه الزيادة أحمد في المسند (٣٣٧/٥) عن طريق ابن إسحاق ، والدارقطني (٢٧٧/٣) كتاب الطلاق (١١٩) عن طريق الواقدي .

(٥) في ق : يمضي .

اللعان تقع[1] الفرقة بين الزوجين ، وإن لم يفرق بينهما الإمام ، ثم لا تحل له أبداً وإن أكذب نفسه ، ولكن يحدّ ويلحق به الولد ، إلا أن يكذب نفسه وقد[2] بقي من لعان الزوجة ولو مرة [واحدة][3] فيحد وتبقى له زوجة .

ولو لاعن من نفي حمل ثم انفَشَّ[4] لم تحل له أبداً ، إذ لعلها أسقطته وكتمته .

[في قذف الصغير لزوجته ، والكبير لمن لا يحمل مثلها]

[5] ولا لعان في قذف الصبي لامرأته الكبيرة ، إذ لاحدّ عليه إن قذف أو زنا ، ولأنه لا يلحقه ولد إن كان .

وإذا قذف الحرّ امرأته الحرة فقال : [رأيتها][6] تزني ، وهي لا يحمل مثلها من كبر أو صغر ، فإنه يلاعن إن كانت الصغيرة قد جومعت وإن لم تبلغ المحيض ، وكذلك من قذفهما[7] إن كانتا حرتين مسلمتين ليزيل حدّ قذفه ، وتلتعن الكبيرة ولا تلتعن الصغيرة ، إذ لا تحد إن نكلت أو أقرت أو زنت ، ألا ترى أن النصرانية لو نكلت عن لعان المسلم أو صدقته لم يكن عليها حدّ .

---

(١) في ز : ترجع .

(٢) في ز : ولو بقي .

(٣) سقطت من ز .

(٤) انفش : خرج انتفاخه ، من قولهم : فش السقاء ، إذا خرج منه الريح . انظر : اللسان (١٠/٢٦٦).

(٥) في ك : قال مالك .

(٦) سقطت من ز .

(٧) في ز : قذفها .

[في متى يقبل إنكار الزوج للولد أو ادعاؤه رؤية الزنا]

وإذا رأى الزوج الحمل ظاهراً فسكت شهراً أو حتى وضعته أو قامت بينة أنه رآه يوماً أو يومين[1] فلم ينكره ، أو أنه أقرّ به ثم نفاه ، لم ينفعه نفيه ، ويلحق به وتبقى له زوجة ، كانت مسلمة أو كتابية أو أمة مسلمة ، ويحدّ للحرة المسلمة ، ولا يحدّ للأمة ولا الكتابية[2] ، وأما إن قدم من سفر فله أن ينفي الحمل وإن كان ظاهراً ، ومن قال : رأيت امرأتي اليوم تزني ولم أجامعها بعد ذلك ، إلا أني كنت وطئتها قبل الرؤية في اليوم أو قبله ولم أستبرئ ، فإنه يلاعن ، قال[3] مالك : ولا يلزمه ما أتت به من ولد ، قال ابن القاسم : إلا أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية فيلزمه ، وقد اختلف في ذلك قول مالك[4]: فمرة ألزمه الولد ، ومرة

(١) في ز : رآه منذ يوم أو يومين .

(٢) في ز : ولا يحد للأمة والكتابية .

(٣) في ك : فإنه يلاعن في قول مالك .

(٤) تحصيل المذهب في المسألة أن الذي ادعى أنه رآى امرآته تزني وقد وطئها من يومه قبل رؤية الزنا لها حالتان :

الحالة الأولى : أن تكون ظاهرة الحمل ذلك اليوم ، ففي هذه الحالة يلحق به الولد ، وهو قول مالك الذي اختاره ابن القاسم بقوله : « وأحب ما فيه إليّ » .

الحالة الثانية : أن لا يكون الحمل ظاهراً ذلك اليوم ، وهذه الحالة لها صورتان : الصورة الأولى : أن تأتي بالولد لأقل من ستة أشهر إلا خمسة أيام من ذلك اليوم ، ففي هذه الصورة يلحق به قطعاً ؛ لأنه لا يمكن أن يكون من ذلك الزنا . والصورة الثانية : أن تأتي بالولد الأكثر من ستة أشهر إلا خمسة أيام ، فهذه الصورة اختلف فيها قول مالك على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الولد يلزمه ولا ينتفي عنه بهذا اللعان ، وإنما اللعان لسقوط الحد عنه .

وثانيها : أن الولد يسقط عنه نسبه بهذا اللعان .

وثالثها : أن الولد لا يسقط نسبه إلا بلعان آخر . =

لم يلزمه [الولد][1]، ومرة قال بنفيه وإن كانت حاملاً ، قال ابن القاسم : وأحب ما فيه إليّ [أنه][2] إذا كان بها يوم الرؤية حمل ظاهر لا شك فيه ، فإن الولد يلحق به إذا التعن[3] على الرؤية ، وقال المخزومي[4]: إن أقرّ بالحمل وادعى رؤية لاعن ، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية فالولد منه ، وإن كان لستة أشهر فأكثر فهو للعان ، فإن ادعاه بعد ذلك ألحق به وحُدّ .

[في نفي أحد الولدين من بطن أو بطنين]

قال ابن القاسم : وإذا ولدت المرأة ولدين في بطن [واحد][5]، ووضعت ولداً ثم وضعت[6] آخر بعده لخمسة أشهر فهو حمل واحد ، فإن أقرّ الزوج بأحدهما ونفى الآخر حدّ ولحقا به جميعاً ، وإن وضعت الثاني لستة أشهر فأكثر فهما بطنان ، فإن أقرّ بالأول ونفى الثاني وقال : لم أطأها بعد ولادة الأول ، لاعن ونفى الثاني ؛ إذ هما بطنان ، فإن قال : لم أجامعها من بعد ما ولدت الأول وهذا الثاني ولدي ،

= وقد نسب بعض هذه الأقوال الثلاثة إلى غير مالك .

وقد أشار خليل إلى هذه المسألة بقوله : « وإن لاعن لرؤية وادعى الوطء قبلها ، وعدم الاستبراء ، فلمالك في إلزامه به وعدمه ونفيه أقوال . ابن القاسم : ويلحق إن ظهر يومها ». انظر : المقدمات (١/٦٣٤ - ٦٣٥) ، منح الجليل (٤/٢٧٧)، مواهب الجليل (٤/١٣٣)، حاشية الدسوقي (٢/٤٦١)، مختصر خليل (١٣٩).

(١) سقطت من ك .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ز : إذا لاعن .

(٤) هو المغيرة بن عبد الرحمن ، تقدمت ترجمته .

(٥) سقطت من هـ و ق .

(٦) في ك : ولدت .

فإنه يلزمه ؛ لأن الولد للفراش ويسأل النساء فإن قلن إن الحمل يتأخر هكذا لم يحد وكان بطناً واحداً ، وإن قلن لا يتأخر حدّ ولحق به ، بخلاف الذي يتزوج امرأة ولم يبن بها حتى أتت بولد لستة أشهر من يوم تزوجت فأقر به الزوج وقال : لم أطأها منذ تزوجتها ، فهذا يحد ويلحق به الولد .

[في الرجل تلد زوجته في سفر فيلاعنها]

ومن قدم من سفر فولدت امرأته ولداً ونفاه والتعن ، ثم ولدت آخر بعد شهر ، كان منفياً باللعان الأول ، وهذا اللعان الأول ينفي كل ولد لهذا الحمل ، فإن ادعى الولد الثاني حد ولحقا به جميعاً ، وإن ولدت ولداً ميتاً أو مات بعد الولادة ولم يعلم به الزوج لغيبة أو غيرها ثم نفاه إذا علم فإنه يلاعن ؛ لأنه قاذف .

[في قذف الزوج لزوجته وأحوال ذلك ونكوله وما يتعلق بذلك]

ومن زنت زوجته فحدت ، ثم قال : رأيتها تزني ولم يقذفها بالزنا الذي حدت فيه التعن ، فإن كذب نفسه نكل ولم يحدّ ، ومن قذف امرأته وقد كانت وطئت غصباً التعن . قال غيره[1]: إن قذفها برؤية غير الغصب تلاعنا جميعاً ، فأما إن غصبت فاستمرت حاملاً فنفى الولد لم ينتف [الولد][2] إلا بلعان ، ولا تلتعن هي إذ تقول : إن لم يكن منك[3] فمن الغاصب .

---

(١) قول الغير هنا تفسير لقول ابن القاسم ، والقائل محمد بن المواز . انظر : التقييد (٣/٤٦)، والنوادر والزيادات (٥/٣٣٥).

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ز : منه .

ومن نكل من المتلاعنين عن اللعان حدّ مكانه ، حد القذف[1] على الزوج ، والرجم على الزوجة إن كانت ثيباً، ولا تؤخر إلا بالحمل ، وإن كانت بكراً فمائة جلدة .

وإن أقامت المرأة بينة أن الزوج قذفها وهو ينكر حدّ ، إلا أن يدعي رؤية ، فيلتعن ويقبل منه بعد جحوده [2].

وقال غيره[3]: لا يقبل رجوعه ؛ لأنه أكذب نفسه [ويحدّ][4]. ومن قذف زوجته ثم بانت منه وتزوجت ثم قامت بالقذف ، فإنهما يلتعنان ، ومن أبى منهما اللعان حدّ .

[في تصادق الزوجين على نفي الحمل]

[5] وإذا تصادق الزوجان على نفي الولد ، نفي بغير لعان وحدت الزوجة ، وإن كان لها معه قبل ذلك سنين ، وقاله مالك والليث ، وقال أكثر الرواة : لا ينفى إلا بلعان ، ورووه[6] أيضاً عن مالك[7].

---

(١) في ق : حد القاذف .

(٢) أي ويقبل منه ادعاء الرؤية بعد جحوده أنه قذفها ، قال في المدونة : لأنه يقول : كنت أريد أن أكتم ، فأما إذا أقامت البينة فأنا ألتعن . انظر : المدونة (١١٣/٣) .

(٣) القائل لذلك هو عبد الملك ابن الماجشون ، قال محمد بن سحنون : وهذا أحبّ إليّ . انظر : النوادر والزيادات (٣٤٣/٥) .

(٤) سقطت من ك .

(٥) في ك : قال ابن القاسم .

(٦) في ز : ورواه .

(٧) وهو المعتمد في المذهب وبه أخذ المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي وابن دينار وعبد الملك ابن الماجشون وابن عبد الحكم ، وعليه مشى خليل في مختصره حيث قال : « ولو تصادقا على نفيه » أي أنه لا بد من اللعان . انظر : النوادر والزيادات (٣٣٥/٥) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤٦٠/٢) ، ومختصر خليل (١٣٩) .

[في قذف الزوج لزوجته بما دون الوطء]

ومن قال في زوجته : وجدتها مع رجل في لحاف أو تجردت له أو ضاجعته ، لم يلتعن إلا أن يدعي رؤية الفرج في الفرج ، فإن لم تكن له بينة على ما ذكر فعليه الأدب ولا يحد .

[في قذف الملاعنة وابنها]

وعلى قاذف ابن الملاعنة أو قاذف أمه الحد ، وإن قال له : ليس أبوك فلاناً ، فإن كان على وجه المشاتمة له حد .

قال ربيعة : ومن لاعن زوجته ثم قذفها بعد تمام اللعان حد .

[في إقرار الرجل بالولد بعد اللعان]

قال ابن القاسم : ومن قامت عليه بينة أنه أقر بولد لاعن منه وهو منكر ، لحق به وحُدّ .

ومن نفى ولداً بلعان ، ثم زنت المرأة بعد ذلك ، ثم أقر بالولد لحق به ولم يحد ، إذ صارت زانية .

ومن قال : رأيت فلاناً يزني بامرأتي ، لاعن وحدّ لفلان .

[في جنين الملاعنة وميراث ولد اللعان]

ومن لاعن في نفي حمل ثم ضرب رجل بطنها فألقت جنيناً ميتاً ، أو كان لعانه بعد أن ألقته من الضرب ، فالغرة للأم ولمن يرث الجنين من عصبته[1] ، ويرث ابنَ الملاعنة إذا مات أمه وعصبتها[2] .

---

(١) في ز : من عصبتها .

(٢) في ق وك : وعصبته . قلت : وهم المراد بعصبتها ؛ لأنه لا يلحق إلا بأمه .

ومن نفى ولداً بلعان ثم ادعاه بعد أن مات الولد [عن مال][1] فإن كان لولده ولد ضرب الحد ولحق به . [ ][2] وإن لم يترك ولداً لم يقبل قوله ؛ لأنه يتهم في ميراثه ويحد ولا يرثه .

[فيمن أنكر لون ولده]

ومن أنكر لون ولده لزمه ولم يلاعن ، وذلك عرق نزعه [3].

[في الميراث بين المتلاعنين إن مات أحدهما قبل استكمال اللعان]

[4] وإذا ماتت المرأة بعد التعان الزوج ، أو بعد أن بقي من لعانهما مرة واحدة ورثها . وإن مات الزوج بعد التعانه قيل للمرأة : التعني ، فإن أبت ورثته ورجمت ، وإن التعنت لم ترثه .

[في لعان الأعمى والأخرس]

ويلتعن الأعمى في الحمل بدعوى الاستبراء ، وفي القذف ؛ لأنه من الأزواج ، فيُحمَّلُ ما تَحَمَّلَ[5].

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ك : ويكون له الميراث ، قال مالك : .

(٣) إشارة إلى حديث أبي هريرة أن أعرابياً أتى رسول الله ﷺ فقال : إن امرأتي ولدت غلاماً أسود وإني أنكرته ، فقال رسول الله ﷺ : « هل لك من إبل ؟ » قال : نعم ، قال : « ما لونها ؟ » قال : حمر ، قال : « هل فيها من أورق ؟ » قال : إن فيها لوُرقاً ، قال : « فأنى ترى ذلك جاءها ؟ » فقال : يا رسول الله لعل عرقاً نزعها ، قال : « فلعل هذا عرق نزعه » . ولم يرخص له في انتفاء منه . أخرجه البخاري برقم (٤٩٩٩) كتاب الطلاق ، ومسلم (٣٧٤٥) كتاب اللعان .

(٤) في ك : قال مالك .

(٥) في ز : فيحمل ما يحملهم .

قال غيره[1]: بعلم[2] يدله على المسيس لا بالرؤية .

ويلاعن الأخرس بما يفهم عنه من إشارة أو كتاب ، وكذلك يعلم قذفه .

[في الذي يدعي رؤية الزنا ، وكيف لو أقرّ بعدم الاستبراء ، أو أقر بالاستبراء ثم أنكره]

ويلاعن في الرؤية من لا يدعي استبراء ، فإن وضعت لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية لحق به ولم ينفعه إن نفاه ولا يحد .

ولو قال بعد الوضع لأقل من ستة أشهر : كنت استبرأت ، ونفاه ، كان اللعان الأول ، ثم إن ادعاه أو أكذب نفسه في الاستبراء لحق به[3] وحد ، إذ باللعان نفيناه فصار قاذفاً .

[في الزوج يكون رابع الشهود على الزنا ، وفيمن قذف ولم يُرفع ، وإنكار الرجل لولد زوجته التي لم يعلم له بها مسيس]

وإن شهد على امرأة بالزنا أربعة ، أحدهم زوجها ، لاعن الزوج وحُدّ الثلاثة .

ومن قذف زوجته أو أجنبية[4] فلم ترفعاه فلا شيء عليه . ومن لم يُعلم له

---

(١) في المدونة : وكذلك قال هو ، فيفهم منه أن قول غيره هنا موافق لقول ابن القاسم ، ولعله يقصد بغيره هنا القرينين مطرف وابن الماجشون ، ففي سماعهما يقول الأعمى : سمعت الحس ، وفي رواية لابن القصار عن مالك : لا يلاعن إلا أن يقول : لمست فرجه في فرجها . انظر : المدونة (١١٧/٣) ، منح الجليل (٢٧٢/٤) ، التقييد (٤٩/٣) .

(٢) في ز : بدعوى .

(٣) في ك : لحق به الولد .

(٤) في ز و ق : أو أجنبياً .

بزوجته خلوة حتى أتت بولد فأنكره وأنكر المسيس وادعت هي أنه منه وأنه غشيها[1] ، وأنكر قولها وأتت به لستة أشهر فأكثر من يوم العقد ، وقد طلق أو لم يطلق ، لزمه ، إلا أن ينفيه بلعان فلا يلزمه ، ولا يكون لها إذا لاعن إلا نصف الصداق ولا سكنى لها ولا متعة .

[فيمن لاعن من حمل ثم أقرّ به بعد ولادته ، وفي حقوق الملاعنة]

ومن انتفى من حمل زوجته بلعان ، ثم أقرّ به بعدما ولدته حدّ ولحق به ، فإن كان موسراً في مدة الحمل أو في بعضه رجعت عليه بالنفقة في مدة يسره ، وإن كان يومئذ معسراً لم ترجع عليه بشيء .

وللملاعنة السكنى[2] ولا متعة لها على حال ، كانت مدخولاً بها أم لا ، سمى لها صداقاً أم لا .

ولا تنكح حتى تنقضي عدتها .

[في حكم لعان الحائض والنفساء وحكم تطليقهما على المعسر والعنين والمولي]

ومن قذف زوجته أو انتفى[3] من حملها وهي حائض ، أو في دم نفاسها ، فلا يتلاعنا حتى تطهر .

---

(١) في ز : غشيها ليلاً .

(٢) أي في العدة .

(٣) في ك : وانتفى .

وكذلك إن حل أجل التلوم في المعسر بالنفقة أو العنين وغيره ، والمرأة حائض ، فلا تطلق عليه حتى تطهر ، إلا المولي فإنه إذا حلّ الأجل وهي حائض فلم يـفِ طُلّـق عليـه .

وروى أشهب عن مالك : أنها لا تطلّق عليه حتى تطهر[1].

* * *

* *

*

(١) والأول هو المعتمد في المذهب ؛ لأنها إذا لم تطلق عليه زادت فترة الإيلاء عما أحل الله ، وهو أربعة أشهر ، وعليه مشى خليل ، ولم يذكر قول أشهب ، حيث قال : « وعجل فسخ الفاسد في الحيض والطلاق على المولي » أي وعجل الطلاق على المولي . انظر : مختصر خليل (٤٠) .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الأيمان بالطلاق [1] ﴾

[في إخبار الرجل عن طلاق زوجته وما ينجز من الطلاق المعلق ، وتعليق الطلاق بمشيئة الزوجة]

[2] ومن طلق زوجته فقال له رجل : ما صنعت ، فقال : هي طالق ، فإن نوى إخباره فله نيته[3].

ومن قال لزوجته : إن دخلت الدار أو أكلت أو شربت [أو ركبت][4] - ونحو

(١) هذا الكتاب يذكر فيه الطلاق المعلق ، وإنما عنون له بالأيمان في الطلاق ؛ لأن الفقهاء مجمعون على أن ما كان معلقاً بصفة من : طلاق أو عتق أو صدقة ونحوها ، فإن ذلك يمين ، للزوم الحنث فيه ، لذلك ورد في الأثر : «لا تحلفوا بالطلاق ولا بالعتاق فإنها من أيمان الفساق » ، وفي تعريف ابن عرفة لليمين يقول : « اليمين قسم ، أو التزام مندوب غير مقصود به القربة ، أو ما يجب بإنشاء لا يفتقر لقبول ، معلقٌ بأمر مقصودٍ عدمه » .

واليمين بالطلاق مكروهة لوجهين : أحدهما : ما ورد من النهي عن الحلف بغير الله . ثانيهما : أنه قد يلزمه الطلاق بالحنث في زمن لا يحلّ فيه الطلاق ، كالحيض ونحوه ، وقد يحنث وهو لا يشعر فيكون مع زوجته حراماً ؛ لهذا قال أبو محمد بن أبي زيد في الرسالة : « ويؤدب من حلف بطلاق أو عتاق ويلزمه » . انظر : شرح حدود ابن عرفة (١٧٦) ، الفواكه الدواني (١/٤٢٣) ، التقييد (٢/٣٦٦)، مصنف ابن أبي شيبة (٤/١١٥) .

(٢) في ك و هـ : قال ابن القاسم .

(٣) في ك و هـ : فله نيته ويحلف .

(٤) سقطت من ك .

هذا ـ فأنت طالق ، فهي أيمان[1] .

وإن قال لها : إذا حضت أو إن حضت فأنت طالق ، لزمه الطلاق مكانه[2] ، وإن قال لها : أنت طالق إن شئت أو إذا شئت ، فذلك بيدها وإن افترقا ، حتى توقف أو توطأ[3] أو يتلذذ منها[4] طائعة . وكانت « إذا » عند مالك أشد من « إن »[5] ، ثم ساوى بينهما ، ولو قبلته قبل القضاء كان ذلك تركاً لما جعل لها .

---

(١) وينجز الطلاق الآن على قول سحنون وهو المعتمد ؛ لأن الأكل والشرب ودخول الدار ونحو هذا ، أشياء لا بد لها منها فصار الطلاق معلقاً بأشياء محققة الوقوع منجز عليه الآن ؛ لأنه إن لم ينجز الآن أصبح بقاؤه مع زوجته يشبه نكاح المتعة الذي ينقطع بأمد معين . انظر : حاشية الدسوقي (٣٩٠/٢) ، التقييد (٣٦٧/٢) ، المقدمات (٥٨٠/١) .

(٢) هذا إذا كانت ممن تحيض أو يحتمل أن تحيض ، أما إذا كانت يائسة فلا . انظر المراجع السابقة .

(٣) قال في المدونة : وإنما قلت لك في الرجل الذي يقول لامرأته : أنت طالق إن شئت ، أن ذلك بيدها حتى توقف ، وإن تفرقا من مجلسهما ؛ لأن مالكاً قد ترك قوله الأول في التمليك ورجع إلى أن قال : ذلك بيدها حتى توقف . قلت : وقد نقلنا عن الدردير وغيره في كتاب التخيير والتمليك أن الراجح قول مالك الأول أن ذلك لها فقط ما لم يتفرقا من المجلس أو يخرجا لكلام آخر ، وهو الذي اختاره ابن القاسم ورجع إليه الإمام مالك ثانية ، فإذا كان حال التعليق هنا بمشيئتها كحال التمليك يكون قوله هنا : « وإن افترقا حتى توقف أو توطأ » على قول مالك الثاني المرجوح ، الذي رجع عنه ثانية إلى قوله الأول الذي اختاره ابن القاسم ، وهو أن ذلك لها ما لم يتفرقا من المجلس أو يخرجا إلى كلام آخر . انظر : المدونة (٢/٣) ، و(ص ٢٧٧) تعليق (٩) من هذا الجزء .

(٤) في ز : معها .

(٥) لأن « إذا » تعلق في الغالب على الأمر المحتوم ، كقوله تعالى ﴿ إذا السماء انشقت ﴾ ونحو ذلك . انظر : التقييد (٣٦٧/٢) .

[في تكرار اليمين وما يُنَوّى فيه من ذلك]

وإن قال لها : إن كلمت فلاناً فأنت طالق ، ثم قال لها ذلك ثانية في ذلك الرجل ، فهي إن حنِث طلقتان حتى يريد[١] واحدة ، ولو كان ذلك في يمين بالله لم تلزمه إلا كفارة واحدة ، ألا ترى أنه لو قال : والله والله والله لا أكلم فلاناً فكلمه ، لم تلزمه إلا كفارة واحدة . ولو قال لها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق إن كلمتِ فلاناً فكلَّمَتْه ، طَلُقت ثلاثاً ، إلا أن ينوي واحدة ويريد بالبقية إسماعها .

[فيمن علق طلاق امرأته بحب أو بغض]

[وإن قال لها : إن كنت تبغضيني فأنت طالق ، فقالت : لا أبغضك ، فلا يجبر على فراقها ولكن يؤمر به][٢] .

وإن قال لها : إن كنت تحبين فراقي فأنت طالق ثلاثاً ، فقالت : إني أحبه ، ثم قالت : كنت كاذبة أو لاعبة[٣] ، فليفارقها ولا يقيم عليها .

[في حلف الرجلين بالطلاق على شيء لا يعرف صدقهما فيه ، وتعليق الطلاق بحيض امرأته أو غيرها]

ومن قال لرجل : امرأته طالق لقد قلت لي كذا وكذا ، فقال الآخر : امرأته طالق إن كنت قلته [لك][٤] ، فليديّنا ويتركا إن ادعيا يقيناً . وإن قال

---

(١) في ك : إلا أن يريد .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٣) في ق : أو لاغية .

(٤) سقطت من ك و ق .

[لها][1]: إذا حضت أو إذا حاضت فلانة ـ وفلانة ممن تحيض ـ فأنت طالق ، طلقت الآن[2] ، وتأخذ في العدة وتعتد بطهرها الذي هي فيه من عدتها ، فإن ارتابت بتأخير الحيض فاعتدت سنة ثم نكحها بعد العدة فحاضت عنده واليمين فيها[3] ، لم تلزمه بذلك طلقة ثانية ؛ لأني عجّلت حِنثه بذلك .

وإن قال لها : إن لم أطلقك فأنت طالق ، لزمته مكانه[4] طلقة .

وقال غيره[5]: لا يلزمه طلاق إلا أن ترفعه إلى السلطان وتوقفه[6] .

[في عودة يمين الطلاق ، والشك في الطلاق وما يحنث به الحالف]

[7]ومن قال لزوجته : إن أكلت من هذا الرغيف فأنت طالق ، فلم تأكل منه شيئاً حتى طلقها واحدة ، فتزوجت غيره ثم أكلت بعضه لم يحنث بذلك ، فإن

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ك طلقت الآن واحدة .

(٣) في ق : منها .

(٤) في ك : لزمته وكانت طلقة .

(٥) لفظ المدونة : « أرأيت إن قال لها : أنت طالق إن لم أطلقك ، (قال) : يقع الطلاق مكانه حين تكلم بذلك ، وقد قال : لا تطلق إلا أن ترفعه إلى السلطان أو توقفه » ، فظاهر المدونة أن القائل بهذا القول إما مالك أو ابن القاسم ، وظاهر التهذيب أن القائل غيرهما ؛ لأنه ليس من عادته أن يطلق على أحدهما « الغير » وإنما العادة أن يطلق « الغير » على غيرهما ، وقد ذكر الزرويلي أن المراد بالغير هنا مالك نفسه ، وعلى أنه من قول مالك اختصر ابن أبي زمنين المدونة فقال : قال مالك . انظر : المدونة (٣/٤) ، التقييد (٢/٣٦٨) .

(٦) في ز : وتوقته .

(٧) في ك : قال ابن القاسم .

طلقت وتزوجها الحالف فأكلت بقيته أو بعضه وهي في عصمته حنث ما بقي من طلاق الملك الذي عقد فيه اليمين شيء ، فإذا تم لم يحنث بما أكلت عنده في الملك الثاني .

ومن قال لرجل : امرأتي طالق لو كنت حاضراً لشَرِّكَ مع أخي لفقأت عينك ، فإنه حانث .

ومن قال لامرأته : إذا قدم فلان أو إن قدم [فلان][1] فأنت طالق ، لم يلزمه طلاق حتى يقدم فلان ، وليس هذا من الشك الذي يفرق به ولا هو أجل آت على كل حال ، وإنما الشك الذي يفرق به لو قال رجل : امرأته[2] طالق إن كلّم فلاناً ، ثم شكّ فلم يدر أكلمه أم لا ، طلقت عليه ، وكل يمين بالطلاق لا يعلم صاحبها أنه فيها بار فهو حانث .

[فيمن علّق الطلاق بحمل امرأته ، أو وضعها ، أو موته ، أو موتها ، أو قدوم فلان ونحو ذلك]

وإن قال لها : إذا حملتِ فأنت طالق ، لم يُمنع من وطئها مرة واحدة ، ثم تطلق حينئذ .

وإن قال لها وهي غير حامل : إذا حملتِ فوضعت فأنت طالق ، فإن كان وطئها في ذلك الطهر طلقت عليه مكانها ولا ينتظر بها أن تضع [ولا أن تحمل][3]، وإن قال لها : إن كنت حاملاً ، أو إن لم يكن بك حمل[4] أو إذا وضعت فأنت طالق ،

(١) سقطت من ك .

(٢) في ز و هـ : قال رجل لامرأته .

(٣) سقطت من ك .

(٤) في ز : أو إذا حملت أو إذا وضعت .

طلقت مكانها ولا يُسْتأْنى[1] بها لينظر أبها حمل أم لا ، إذ لو ماتا قبل أن يتبين ذلك لم يتوارثا .

[وإن قال لها : أنت طالق بعد قدوم فلان بشهر طلقت حين قدومه ولا ينتظر الأجل][2].

وإن قال لها : أنت طالق إذا مت أنا أو إذا متِّ أنتِ ، لم يلزمه شيء ، وإن قال لها : إذا مات فلان فأنت طالق[3] ، أو طلق إلى أجل آت ، أو قال لها : أنت طالق قبل موتك بشهر .

أو قال لها وهي حامل : إذا وضعت فأنتِ طالق لزمه الطلاق في ذلك كله مكانه ، وإن قال لها : أنت طالق كلما حضت أو كلما جاء يوم أو شهر أو سنة ، طلقت عليه الآن ثلاثاً ولم تعد عليه اليمين إن نكحها بعد زوج ؛ لأن الملك الذي طلق فيه قد ذهب .

[فيمن قال لأجنبية : أنت طالق غداً ، أو علّق طلاقه بأمر غيبي]

وإن قال لأجنبية : أنت طالق غداً ، فتزوجها قبل غدٍ فلا شيء عليه إلا أن ينوي إن تزوجتك ، فتطلق مكانها ، وإن قال لامرأته وهي حامل : إن لم يكن في بطنك غلام فأنت طالق طلقت ساعتئذ[4] ، وإن أتت بغلام لم تردّ إليه[5] ، وكذلك قوله : إن

(١) أي : ولا ينتظر .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٣) وردت زيادة في ز بعد هذه الجملة ، وهي : أو أنت طالق بعد قدوم فلان بشهر طلقت حين ولا ينتظر الأجل .

(٤) في ز : فإنها تطلق عليه حينئذ .

(٥) في ك : لم ترد عليه .

لم تمطر السماء في وقت كذا فأنت طالق ، فإنها تطلق عليه حينئذ[1] ؛ لأن هذا من الغيب ، ولا ينتظر به إلى ذلك الوقت لينظر أيكون فيه المطر أم لا ، ولو مطر[2] في ذلك الوقت لم تردّ إليه ، وأما إن قال لها : إن لم يقدم أبي في وقت كذا فأنت طالق ، فخلاف ذلك ، إذ [قد][3] يدعي علم قدومه بالخبر يأتيه أو غيره .

[في قول الرجل لزوجته : إن لم أفعل كذا فأنت طالق ، وما يترتب على ذلك]

وإن قال لها : إن لم أدخل الدار أو أفعل[4] كذا فأنت طالق ، لم يقع عليه الطلاق حين تكلم بذلك ، ولكن يمنع من وطئها حتى يفعل ما حلف عليه ، فإن رفعت أمره [للحاكم][5] ضرب له من يوم ترفع أجل المولي ، ولا ينظر إلى ما مضى قبل ذلك من الشهور ، وإنما يضرب له الأجل من يوم حلف[6] ، لو حلف بيمين من الأيمان أن لا يطأ ، ولايحتاج في هذا إلى رفعه إلى الإمام ؛ لأنه لو وطئ قبل أن ترفعه زال إيلاؤه وبرّ ، والأول لو وطئ قبل أن ترفعه لم تسقط عنه اليمين التي عليه إذا لم يفعلها .

(١) في ز : طلقت ساعتئذ . وفي ك : طلقت عليه .

(٢) في ك : أمطرت .

(٣) سقطت من ك .

(٤) في ك : أو إن لم أفعل .

(٥) سقطت من ك و ق ، وفي هـ : للسلطان .

(٦) في ك زيادة بعد هذه الجملة ، وهي : « وإن قال : والله لا أطؤك حتى يقدم فلان أو يقضي فلاناً حقه وهو كما » .

[في تكرير الطلاق المعلق ، والعطف في ذلك ، والنسق والتقديم والتأخير]

وإن قال لها : إن كلمت فلاناً فأنت طالق ، ثم حلف بمثل ذلك في رجل آخر فكلّمَتْهما لزمته طلقتان ، ولا ينوّى إلا أن يكون المحلوف عليه رجلاً واحداً فينوّى .

وإن قال لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ، ثم قال : كلّ امرأة أتزوجها من بلد كذا لبلدها فهي طالق ، أو قال لها بعد ذلك ولنساء معها : إن تزوجتكن فأنتن طوالق ، فإن نكحها لزمته طلقتان ولا ينوى ، وإن قال لأجنبية : إن تزوجتك أو يوم أتزوجك فأنت طالق طالق طالق ، أو فأنت طالق أنت طالق أنت طالق ، أو قدّم ذكر الطلاق قبل ذكر التزويج فهي ثلاث إن تزوجها ، إلا أن يريد واحدة فيديّن ، وإن قال لامرأته : أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق ، أو ثم [ثم ثم][1] فهي ثلاث ولا ينوى ، قال مالك : وفي النسق[2] بالواو إشكال[3] ، قال ابن القاسم : ورأيت الأغلب من قوله أنها مثل ثم ولا ينويه ، وهو رأيي[4] ، وكذلك إن قال ذلك لأجنبية ، وقال معه : إن تزوجتك .

---

(١) سقطت من هـ و ز .

(٢) النسق : وصل الزوج صيغ الطلاق بعضها ببعض بلا فصل حقيقة أو حكماً بأن فصل بأمر اضطراري لعطاس وسعال ونحو ذلك . انظر : منح الجليل (٤/٩٣) .

(٣) قال الزرويلي : وجه الإشكال هو هل يقطع النظر عما وضعت العرب له هذه الحروف ، وأن العامة لا يقصدون بها الاستئناف ، أو ينظر إلى أصل هذه الحروف عند العرب . انظر : التقييد (٢/٣٧٣) .

(٤) وهو المعتمد في المذهب ، قال خليل : « وإن كرر الطلاق بعطف بواو أو فاء أو ثم فثلاث » انظر : مختصر خليل (١٢٦) ، منح الجليل (٤/٩٣) .

والواحدة تبين غير المدخول بها والثلاث تحرمها إلا بعد زوج.

قال ربيعة : وإن قال لامرأته قبل البناء : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، كلاماً نسقاً فهي ثلاث[1] ولا تحل له إلا بعد زوج ، قال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالق إن كنت أحب طلاقك ، وهو يحبه بقلبه فهي طالق . وإن قال لها : أنت طالق [ثلاثاً][2] إن دخلتُ [هذه][3] الدار ، فطلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج ثم دخلها فلا شيء عليه ، ولو كان إنما طلقها واحدة أو اثنتين لحنث بدخولها الآن ؛ لباقي طلاق ذلك الملك ، تزوجها قبل زوج أو بعده ، ثم لا تحل له إلا بعد زوج . ولا يحنث بدخولها في ملك غيره[4].

وقد ذكرنا في كتاب العتق الأول[5] مسألة من حلف بعتق عبده إن كلم فلاناً ، فباعه ثم كلمه ثم اشترى العبد .

[فيمن قال لزوجته : أنت طالق إذا طهرت ، أو إن دخل هو الدار]

وإن قال لها وهي حائض : إذا طهرتِ فأنت طالق ، طلقت[6] الآن وجُبر

---

(١) قول ربيعة هنا موافق لقول مالك وابن القاسم ، وهو المذهب وإليه أشار خليل بقوله : « وبلا عطف ثلاث في المدخول بها كغيرها إن نسقه » ، والمراد بغيرها أي غير المدخول بها فإنه إن طلقها ثلاثاً نسقاً وقع ثلاثاً . انظر : منح الجليل (٩٣/٤) .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ك : في غير ملكه .

(٥) كتاب العتق الأول سيأتي في آخر هذا الجزء ، بعد كتاب الاستبراء ، حسب الترتيب الذي اتبعناه ، وهو ترتيب المدونة وأكثر نسخ التهذيب ، وفي بعض نسخ التهذيب وقع كتاب العتق قبل كتاب النكاح بعد كتاب الأيمان والنذور مباشرة .

(٦) في ز : طهرت الآن .

على الرجعة ، وإن قال لها : أنت طالق يوم أدخل دار فلان ، فدخلها ليلاً ، أو حلف على الليل فدخلها نهاراً حنِث ، إلا أن ينوي نهاراً دون ليلٍ أو ليلاً دون نهار فينوّى .

وإن قال لها : أنت طالق إن دخلت دار فلان ودار فلان ، فدخل إحداهما حنِث ، ثم إن دخل الثانية لم تطلق ثانية .

[في الشك في الطلاق]

[(١)] ومن لم يدرِ كم طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، فهي ثلاث ، فإن ذكر في العدة أنها أقل فله الرجعة ، وإن ذكر ذلك بعدها كان خاطباً [(٢)] ويصدق في ذلك ، وإن بقي على شكه حتى تزوجها بعد زوج ثم طلقها واحدة أو اثنتين لم تحل له إلا بعد زوج ، وكذلك بعد ثان وثالث ومائة زوج ، إلا أن يبت طلاقها وهي تحته في أي نكاح كان فتعود إن رجعت إليه على ملك مبتدأ .

وإن قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فقالت[(٣)]: قد دخلت فكذبها[(٤)]، ثم قالت[(٥)]: كنت كاذبة ، أو لم تقل ، فإنه يؤمر بفراقها ولا يُقضى عليه به ، ولو صدقها أولاً لزمه الفراق بالقضاء ، وإن رجعت عن إقرارها ، وإن قال لها : أنت طالق إن كتمتني أو كذبتني ، لشيء سألها عنه فتخبره فلا يدري أكتمته أو كذبته فليفارقها

---

(١) في ك : قال مالك .

(٢) في ك : خاطباً من الخطاب .

(٣) في ك : فقالت بعد ذلك .

(٤) في ك : وأكذبها .

(٥) في ز : قالت له .

بلاقضاء ، ومن لم يدر بما حلف بطلاق أو عتق أو مشي أو صدقة ، فليطلق نساءه ، ويعتق رقيقه ، ويتصدق بثلث ماله ، ويمشي إلى مكة ، يؤمر بذلك بغير قضاء ، وكذلك من حلف بطلاق ثم لم يدر أحنث أم لا ، أُمر بالفراق .

وإن كان ذا وسوسة في هذا فلا شيء عليه .

وإن قال لها : طلقتك قبل أن أتزوجك ، أو وأنا صبي فلا شيء عليه ، وكذلك إن قال : وأنا مجنون ، إن عُرف بأنه كان به جنون .

[في الطلاق بالعجمية ، وتبعيض الطلاق ، وجمع نسوة في طلاق]

ومن طلق بالعجمية لزمه إن شهد بذلك عدلان يعرفان العجمية ، وإن قال لها : يدك أو رجلك أو أصبعك طالق ، طلقت كلها ، وكذلك العتق .

ومن طلق بعض تطليقة لزمه طلقة كاملة ، ابن شهاب : ويوجع ضرباً من قال ذلك .

ومن قال لأربع نسوة له : بينكن طلقة إلى أربع[1] ، طلقن واحدة واحدة ، وإن قال : خمس إلى ثمان ، طلقن ثنتين ثنتين ، وإن قال : تسع إلى ما فوق ، طُلّقن ثلاثاً ثلاثاً .

[في الذي يطلق إحدى نسائه من غير تعيين]

ومن قال : إحدى نسائي [أو امرأة من نسائي][2] طالق ، أو كان ذلك في يمين حنِث بها ، فإن نوى واحدة طلُقت التي نوى خاصة ، وصُدّق في القضاء والفتيا ،

---

(١) في ز : إلا ربع .

(٢) سقطت من ز .

وإن لم ينوها أو نواها فأُنسيها طلقن كلهن بغير ائتناف طلاق ، وإن جحد فشهد عليه كان كمن لا نية له .

[تعليق الطلاق بمشيئة الله أو مشيئة زيد]

وإن قال لها : أنت طالق إن شاء الله ، لزمه الطلاق ولا ثنيا له .

وإن قال لها : إن شاء فلان فذلك له وينظر[١] ما شاء فلان ، وإن مات فلان قبل أن يشاء وقد علم بذلك ، أو لم يعلم ، أو كان ميتاً قبل يمينه ، أو قال لها : إن شاء هذا الحجر ، أو الحائط ، فلا شيء عليه في ذلك .

[فيما يعود من الطلاق وما لا يعود ، وما يلزم منه وما لا يلزم]

وإن قال لامرأة[٢]: كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً ، فالطلاق يعود عليه أبداً كلما تزوجها ، ولو قال : إن تزوجتك أبداً ، أو إذا تزوجتك ، أو متى ما ، فإنما يحنث بأول مرة ، إلا أن ينوي أن متى ما ، مثل : كلما ، فتكون مثلها ، وإن قال لأجنبية : إن وطئتك أو يوم أكلمك فأنت طالق ، ثم تزوجها وفعل ذلك فلا شيء عليه إلا أن ينوي إن تزوجتك ، ومن قال : كل امرأة أتزوجها [فهي][٣] طالق ، فلا شيء عليه ، كان له يومئذ أربع زوجات فأدنى ، أو لا زوجة له ، طلّق بعض زوجاته أم لا ، قال ذلك في يمين مضمنة[٤] بفعل فحنث ، أو في غير يمين ، فله أن ينكح حتى يُكمل أربعاً ، ولو طلق كل امرأة في عصمته لزمه ، وله أن يتزوج إن شاء .

---

(١) في ك : وينتظر .

(٢) في ق : لامرأته .

(٣) سقطت من ك و ق .

(٤) في ك : متضمنة .

ولو قال لزوجته : إن دخلت أنا أو أنتِ الدار فكل امرأة أتزوجها طالق ، أو بدأ بذكر التزويج[1] قبل دخول الدار ، ثم تزوج امرأة ثم دخل الدار أو دخلت ، فلا شيء عليه فيها ، ولا فيمن نكح بعدها .

[في عودة الطلاق ولزومه لمن خص بلدة أو قبيلة أو زمناً]

وإن قال : كل امرأة أتزوجها إلا من الفسطاط طالق ، أو قال : إن لم أتزوج من الفسطاط فكل امرأة أتزوجها طالق[2] ، لزمه الطلاق فيمن تزوج من غيرها ، وإن قال : إلا من قرية كذا لقرية صغيرة ليس فيها ما يُتزوج ، أو قال : إلا فلانة ، وهي ذات زوج أم لا ، أو قال : إن لم أتزوج فلانة ، فكل امرأة أتزوجها طالق ، فلا شيء عليه في ذلك كله ، وإن قال : كل امرأة أتزوجها إلى ثلاثين سنة أو أربعين فهي طالق ، فذلك يلزمه إذا أمكن أن يحيا[3] ما أجّلَ من الأجل ، فإن خشي العنت في التأجيل ولم يجد ما يتسرر به ، فله أن ينكح ولا شيء عليه . وإن قال : إلى مائتي[4] سنة ، أو كان شيخاً فضرب أجلاً يعلم أنه لا يبلغه ، فلا شيء عليه[5] .

وإن خص قبيلة أو بلدة كقوله : كل امرأة أنكحها من مضر أو همدان أو مصر أو الشام[6] فهي طالق ، فتزوج منها امرأة طلقت عليه ، ثم كلما تزوجها أبداً ،

---

(١) في ك : التزويج والطلاق .

(٢) في ك تكرار وإعادة .

(٣) في ك : أن يحتال .

(٤) في ك : إلى مائة .

(٥) في ز : فلا يمين عليه .

(٦) في هـ : كل امرأة أنكحها من الفسطاط أو من مضر أو من همدان أو الشام .

ولو بعد ثلاث عاد عليه فيها اليمين وطلقت ؛ لأنه لم يحلف على عينها ، وترجع كإحدى نساء تلك البلدة .

وكذلك إن قال : من الموالي ، وتحته منهن امرأة فلا تطلق عليه ، فإن طلقها ثم تزوجها طلقت عليه .

وإن قال : كل امرأة أتزوجها ما عاشت فلانة فهي طالق ، لزمه ؛ لأنه أجل آت ، كانت فلانة تحته أم لا ، فإن كانت تحته فطلقها فإن نوى بقوله : ما عاشت ، أي مادامت تحتي ، فله أن يتزوج ، وإن لم تكن له نية ، فلا يتزوج ما بقيت ، إلا أن يخشى العنت .

[في الذي يقول لزوجته : كل امرأة أتزوجها عليك طالق ، أو أمرها ، أو أمرك بيدك]

وإن قال لزوجته : كل امرأة أتزوج عليك طالق ، فطلق المحلوف لها[1] ثلاثاً ، ثم تزوج امراة ، ثم تزوج المحلوف لها بعد زوج ، أو تزوجها بعد زوج ثم تزوج عليها ، فلا شيء عليه [فيهما][2].

وأما إن طلق المحلوف لها واحدة فانقضت عدتها ثم تزوجها ثم تزوج عليها أجنبية ، أو تزوج الأجنبية ثم تزوجها هي عليها ، فإن الأجنبية تطلق عليه في الوجهين ما بقي من طلاق الملك الأول شيء ، ولا حجة له إن قال : إنما تزوجتها على غيرها ولم أنكح غيرها عليها ، ولا أنوّيه إن ادعى نية في ذلك ؛ لأن قصده أن لا يجمع بينهما .

---

(١) في ز : بها .

(٢) سقطت من هـ ، وفي ق : فيها .

وكذلك إن قال : إن تزوجت عليك فأمر التي أتزوج عليك بيدك ، على وجوه :
المسألة الأولى : يكون ذلك بيدها ما بقي من طلاق الملك [الأول][1] شيء ، سواء كان ذلك مشترطاً في عقد النكاح أو تبرع به بعد العقد .

وإن شرط عند نكاحه[2] إن تزوج عليها فأمر نفسها بيدها ، ففعل ، فلها أن تطلق نفسها بالثلاث ، ولا مناكرة له ههنا بنى بها أم لم يبن[3] ، فإن طلقت نفسها واحدة وقد بنى بها فلها الرجعة ، وإن لم يبن بها بانت بالواحدة .

وإن طلقت[4] واحدة ولم توقف ، فليس لها أن تزيد عليها كالتي توقف فتطلق واحدة فقد تركت ما زاد عليها ، ولو نكح عليها امرأة ولم تقض فلها أن تقضي ، إن نكح ثانية - أيَّ الطلاق شاءت ، وتحلف ما رضيت إلا بالأولى[5] وما تركت الذي كان لها من ذلك ، ولو طلق الأولى ثم راجعها بنكاح ، فللمملكة القضاء وليس رضاؤها بها أوّلاً بلازم لها مرة أخرى .

[في الذي يقول لزوجته : أنت طالق ثلاثاً إن لم أتزوج عليك ، أو كل امرأة أتزوجها من بلد كذا فهي طالق ثلاثاً]

ومن قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً إن لم أتزوج عليك اليوم ، فتزوج نكاحاً فاسداً أو قال لأمته : أنتِ حرة إن لم [أبعك][6] اليوم ، فباعها فألفيت حاملاً منه ، فإنه حانث فيهما .

---

(١) سقطت من ز .
(٢) في ز : عند عقد النكاح .
(٣) في ك زيادة بعد هذه الجملة ، وهي : « لأنها حين اشترطت ثلاثاً فلا تبالي دخل بها أو لا » .
(٤) في ز : وإن طلقت نفسها .
(٥) في ز : إلا بالأول .
(٦) سقطت من ز وق .

قيل : فإن نكح على الزوجة أمة ؟ قال : آخر[1] ما فارقت عليه مالكاً أن نكاح الأمة على الحرة جائز والخيار للحرة[2].

ومن قال : كل امرأة أتزوجها من الفسطاط طالق [ثلاثاً][3]، فتزوج منها ودخل ، فعليه صداق واحد لا صداق ونصف[4]، كمن وطئ بعد الحنث ولم يعلم فإنما عليه المهر الأول الذي سمى ، وليس عليها عدة الوفاة إن دخل بها ثم مات ، وإنما عليها ثلاث حيض .

ولو وكّل من يزوجه فلم يحضر عليه فزوجه من الفسطاط لزمه النكاح وطلقت عليه ، إلا أن ينهاه عن الفسطاط .

[في الذي يأمر من يخبر زوجته بالطلاق ، أو يرسل إليها رسولاً ، أو يكتب إليها كتاباً]

ومن قال لرجل : أخبر زوجتي بطلاقها ، أو أرسل إليها بذلك رسولاً ، وقع الطلاق حين قوله للرسول ، بلغها الرسول ذلك أو كتمها .

وإن كتب إليها بالطلاق ثم حبس كتابه ، فإن كتبه مجمعاً على الطلاق لزمه حين كتبه[5]، وإن كان ليشاور نفسه ثم بدا له فذلك له ولا يلزمه طلاق ، ولو أخرج

---

(١) في ز : فإن آخر .

(٢) تقدم الكلام على هذه المسألة في كتاب النكاح الثاني .

(٣) سقطت من ز .

(٤) قد يتوهم البعض أن عليه صداق ونصف ، أما النصف فلكونه بمجرد العقد تطلق عليه فيكون لها نصف الصداق لكونها مطلقة قبل الدخول ، وأما الصداق كاملاً فلكونه دخل بها ، والمدخول بها تستحق الصداق كاملاً ، فدفعاً لهذا التوهم أتى بهذا الفرع ، والله أعلم .

(٥) في ز و ق : كتابه .

الكتاب من يده عازماً وقد كتبه غير عازم ، لزمه حين أخرجه من يده ، وإن أخرجه غير عازم فله رده ما لم يبلغها ، [وإن بلغها لزمه][1].

[في طلاق الأخرس والمعتوه والمجنون والذمي والمبرسم والسكران والصبي]

وما علم من الأخرس بإشارة أو كتاب[2] ، من طلاق أو خلع أو عتق أو نكاح أو بيع أو شراء أو قذف ، لزمه حكم المتكلم به ويحد قاذفه ويقتص منه وله في الجراح ، وما طلق المُبَرْسَمُ[3] في هذيانه وعدم عقله لم يلزمه ، ويلزم السكران طلاقه وخلعه وعتقه ، وإن قتل قُتل .

ولا يلزم المكره ما أكره عليه من طلاق أو خلع أو نكاح أو عتق أو غيره .

والمجنون الذي يفيق أحياناً ، ما طلق في حال إفاقته يلزمه وما طلق في حال جنونه لم يلزمه .

وكذلك المعتوه والمطبق لا يلزمه ما طلق ، فأما السفيه في حاله ، المخدوع في عقله ، فطلاقه يلزمه ، ولا يجوز طلاق الصبي حتى يحتلم .

وإذا أسلمت الذمية وزوجها ذمي فطلقها وهي في عدتها ، لم يلزم طلاقه وإن أسلم بعد ذلك .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ز : أو بكتابة .

(٣) المبرسم : لفظ فارسي معرب ، يطلق على المصاب بداء البِرْسام ، وهو : ورم حار يعرض للحجاب الذي بين الكبد والمعي ، ثم يتصل بالدماغ ؛ فيهذي صاحبه . انظر : المصباح المنير (٤١)، القاموس (١٠٧٩) .

[فيمن حلف بطلاق على ما يوقن أنه كذلك فظهر خلافه]

ومن حلف بالطلاق على ما يوقن أنه كذلك ، ثم ظهر خلافه لزمه الطلاق ، قاله عدد من السلف[1] ، وقضى عمر بن عبد العزيز في الحالف بطلاق إحدى نسائه على ناقة أقبلت أنها فلانة وليست هي[2] ، أن التي نوى من نسائه تطلق ، وإن لم ينو واحدة طلقن كلهن[3] ، قال ربيعة : ومن ابتاع سلعة فحلف لرجل بالطلاق ليخبرنه بكم أخذها فأخبره ، ثم ذكر أنه أقل أو أكثر فهو[4] حانث .

[في خيار الأمة تعتق تحت العبد]

وإذا أعتقت الأمة تحت عبد حيل بينهما حتى تختار ، ولها الخيار بطلقة وتكون بائنة ، ولا رجعة له إن عتق في العدة .

وإن قالت حين أعتقت : اخترت نفسي ولا نية لها فهي طلقة بائنة ، إلا أن تنوي أكثر فيلزم ما نوت .

وإن طلقت نفسها أكثر من واحدة أو البتة بعد البناء لزم ، ولم تحل له إن طلقت اثنتين فأكثر إلا بعد زوج ؛ لأنه جميع طلاق العبد . وكذلك إن فارقت بواحدة وقد تقدم له فيها طلقة .

---

(١) ممن قال بذلك ابن شهاب وربيعة وجابر بن زيد . انظر : المدونة (٣/٢٦) .

(٢) في ك : وليست هي إياها .

(٣) رواه مالك في المدونة (٣/٢٧) .

(٤) في ك : فإنه .

وأول قول مالك : أنه ليس لها أن تختار بأكثر من واحدة[1] ، ثم رجع إلى أن ذلك لها على حديث زبراء[2] ، ولها الخيار عند غير السلطان ، وإن لم تختر حتى عتق ، أو كان عتق الزوجين في كلمة فلا خيار لها ، ولا تختار في الحيض ، فإن فعلت لزم[3] ، ولو بلغها العتق بعد زمان وهو يطؤها فلها الخيار حين علمت ، والخيار لها في مجلسها الذي علمت بالعتق فيه وبعد ذلك ما لم توطأ ، ولو وقفت سنة فمنعته نفسها ولم توطأ ثم قالت : لم أسكت رضىً بالمقام ، صُدّقت ولا يمين عليها كالتمليك وكان لها [الآن][4] أن تختار .

وإن كان وقوفها رضىً بالزوج فلا خيار بعد أن تقول : قد رضيت بالزوج ، ولو وطئها بعد علمها بالعتق وجهلت أن لها الخيار أو علمت فلا خيار لها بعد ذلك .

وإن عتق نصفها تحت عبد أو جميعها تحت حر فلا خيار لها .

---

(١) وهو المشهور وهو قول أكثر الرواة ـ كما تقدم في كتاب النكاح الأول ـ قال في الشرح الصغير : « فإن أوقعت طلقتين فله ردّ الثانية على قول الأكثر » ، وقال عليش في شرحه على مختصر خليل عند قول خليل : « ولمن كمل عتقها فراق العبد فقط بطلقة أو اثنتين » قال : والمشهور الأول ؛ لأنه قول أكثر الرواة . انظر : الشرح الصغير (٢/٤٨٥) ، منح الجليل (٣/٤١٠) .

(٢) زبراء هي مولاة لبني عدي ، أعتقت تحت عبد كان زوجها ، وقد تقدمت قصتها وتخريج حديثها في كتاب النكاح الأول ، وفيه أنها طلقت نفسها ثلاثاً . قال ابن عبد البر : ولا معنى للثلاث في طلاق الزوجة ولا في طلاق العبد عند من جعل الطلاق بالرجال ؛ لأن طلاق الأمة تحت العبد تطليقتان وطلاق العبد تطليقتان . انظر : الاستذكار (١٧/١٥٧) .

(٣) في ز : لزم بالعتق فيه ونفذ .

(٤) سقطت من ز .

[في طلاق المريض ، وفي ميراث مطلقته وما يتعلق بذلك]

[وإذا طلق المريض امرأته قبل البناء فلها نصف الصداق ، وترثه إن مات من مرضه ذلك ، ولا عدة عليها لوفاة ولا طلاق ، فإن دخل بها ثم طلقها في مرضه طلاقاً بائناً فعليها عدة الطلاق وترثه ، ولا تنتقل إلى عدة الوفاة إن مات في العدة ، ولو كان طلاقاً يملك فيه رجعتها انتقلت فيه إلى عدة الوفاة إن مات في عدتها ، وإن انقضت العدة قبل الوفاة فلها الميراث ولا عدة عليها من الوفاة .

والمطلقة في المرض لو تزوجت أزواجاً كل يطلقها في مرضه ، لورثت كل من مات منهم ، وإن كانت الآن تحت زوج ، ومن طلق في مرضه واحدة ثم صح ثم مرض فمات من المرض الثاني ، ورثته إن مات وهي في العدة ، وإن كان طلاقه إياها البتة لم ترثه وإن مات في عدتها ، إذا صح فيما بين ذلك صحة بيِّنة ، وإن طلقها واحدة في مرضه ثم صح ثم مرض فأردفها طلقة أو أبتها لم ترثه إلا أن يموت وهي في العدة من الطلاق الأول ؛ لأنه في الطلاق الثاني ليس بفار[1] ، إلا أن يرتجعها من الطلاق الأول ثم يطلقها في مرضه الثاني ، فترثه وإن انقضت عدتها ؛ لأنه بارتجاعها صارت كسائر أزواجه ، وصار بالطلاق الثاني فاراً من الميراث][2] .

والمبتوتة في المرض إن ماتت قبله ثم مات من مرضه ذلك لم ترثه ، ولا يرث ميت من حي مات بعده ، ولا يرثها إن كان طلقها ألبتة أو واحدة فانقضت عدتها ، وإن قال لها في صحته : إن قدم فلان ، أو قال : إن دخلت بيتاً فأنت طالق ، فقدم أو دخلت في مرضه لزمه الطلاق وورثته إن مات فيه .

---

(١) أي ليس بفار من ميراثها إياه بطلاقها .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

وكذلك كل طلاق وقع في مرضه وإن أقر المريض أنه طلق في صحته ، ورثته وعليها عدة الطلاق من يوم أقرّ .

فإن كان إقرار بطلاق غير بائن ثم مات وبنى في العدة ، انتقلت إلى عدة الوفاة وورثته ، وإن انقضت عدتها من يوم أقرّ [بما أقر][1] به فلها الميراث ولا عدة عليها .

[فيمن له حكم المريض ممن قُرِّب لحدٍّ ونحو ذلك]

ومن قُرِّب لحد من قطع يد أو رجل أو جَلد ، فطلق حينئذ ثم مات من ذلك ، فإن خيف عليه من ذلك الموت فهو كالمريض[2] وحاضر الزحف ، ومن حبس للقتل له حكم المريض في ذلك ، وراكب البحر والنيل في حين الخوف والهول ، قال مالك ـ رحمه الله ـ : أفعاله من رأس المال[3]. وروي عنه أنها من الثلث .

وأما المفلوج وصاحب حمى الربع[4] والأجذم والأبرص والمقعد وذو الجراح والقروح ، فما أرقده من ذلك وأضناه وبلغ به حد الخوف عليه فله حكم المريض ،

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ك : كالمريض في ذلك .

(٣) هذه رواية ابن القاسم عن مالك وهي المعتمدة ، والثانية رواية أشهب أنه في الثلث ، ووجه رواية ابن القاسم : أن غالبه السلامة ، ووجه رواية أشهب : أنه مظنة للعطب . انظر : التقييد (٢/٣٨٨) .

(٤) قال الزرويلي : حمى الربع معناه أن الحمى تأخذه في رابع يوم من اليوم الذي أخذته فيه بحسب اليوم الذي أخذته فيه ، والناس يقولون لها : الثلاثية ، فحذفوا اليوم الأول الذي أخذته فيه . انظر : التقييد (٢/٣٨٨) .

وما لم يبلغ ذلك به فله حكم الصحيح ، فرب مفلوج أو يابس الجذام[1] يتصرف ويسافر ، وكل من لا يجوز قضاؤه في جميع ماله ، فطلق في حاله تلك فلامرأته الميراث إن مات من مرضه ذلك .

ولا تجوز الوصية للمطلقة في المرض وإن تزوجت أزواجاً ؛ لأنها وارث .

وإن قتلته في مرضه خطأً بعد أن طلقها ، فالدية على عاقلتها ، وترث من ماله دون الدية . وإن قتلته عمداً لم ترث من ماله وقُتلت به . وإن عُفي عنها على مال لم ترث منه أيضاً .

ومن تزوج في المرض ثم طلق فيه أو لم يطلق فلا ترثه ، وهو نكاح لا يقر[2]، قال مالك ـ رحمه الله ـ : ولا صداق لها إلا أن يكون دخل بها في مرضه فلها الصداق في ثلثه مُبدًّى على الوصايا . قال ابن القاسم : وإن سمى لها أكثر من صداق مثلها كان لها صداق المثل في الثلث[3] مبدّى عليه الوصايا بالعتق وغيره ، إلا الدين فإنه يبدّى عليه ؛ لأنه من رأس المال .

[في ميراث المرتد في مرضه]

ومن ارتد في مرضه فقتل على ردته ، لم يرثه ورثته المسلمون ولا زوجته ، إذ لا يتهم أحد بالردة على منع الميراث .

---

(١) يابس الجذام : أي لا تزايد له وليست له مادة . انظر : التقييد (٢/٣٨٨) .

(٢) تقدم مذهب المالكية في نكاح المريض وأنه يفسخ قبل الدخول وبعده . انظر : (ص ١٩٤) من هذا الجزء .

(٣) لا خلاف هنا بين قول مالك وابن القاسم ، فإن مالكاً قال : لها صداق المثل في حالة عدم التسمية ، وابن القاسم قال : لها المسمى في حال التسمية . انظر : حاشية الدسوقي (٢/٢٧٦)، جواهر الإكليل (١/٢٩٨)، الكافي (٢/٥٤٨)، المعونة (٢/٧٨٧).

وإن قذفها في مرضه ، فلاعن ثم مات من مرضه ذلك ورثته .

[في بقية أحكام طلاق المريض]

وإن طلق مريض زوجته قبل البناء ثم تزوجها قبل صحته ، فلا نكاح لها إلا أن يدخل بها ، فيكون كمن نكح في المرض وبنى فيه ، والمرض الذي يُحْجَب فيه عن ماله هو الذي ترثه إن طلق فيه ، قال ربيعة : ومن طلق في مرضه ثم تماثل ثم نكس ، ورثته إلا أن يصح صحة بينة .

قال ابن القاسم : وبلغني عن بعض أهل العلم[1] فيمن نكح امرأتين فبنى بواحدة ولم يبن بالأخرى حتى طلق إحداهما طلقة ، ثم مات ولم تنقض العدة وجُهلت المطلقة ، فللمدخول بها الصداق كاملاً وثلاثة أرباع الميراث ، وللتي لم يبن بها ثلاثة أرباع الصداق وربع الميراث .

ولو مات بعد انقضاء العدة أو كان الطلاق ثلاثاً ومات[2] قبل انقضاء العدة ، فالصداق على ما ذكرنا والميراث بينهما نصفان ، ولو نكح أماً وابنتها في عقدتين[3] ، ولم تُعلم الأولى منهما ، فإن بنى بهما فلكل واحدة صداقها المسمى ، ولا ميراث لهما ، وإن لم يبن بهما فالميراث بينهما ، ولكل واحدة نصف صداقها [المسمى][4] ، اتفق أو اختلف . وكذلك إن مات عن خامسة غير معلومة[5] .

---

(١) المراد ببعض أهل العلم : عبد العزيز بن أبي سلمة ، وقد ذكر عنه هذه المسألة في كتاب تضمين الصناع - كما سيأتي في الجزء الثاني - .

(٢) في ز : ثم مات .

(٣) في ك : في عقدين ثم مات .

(٤) سقطت من ق و هـ .

(٥) وذلك بأن تزوج خمس نسوة ، واحدة بعد واحدة ، فمات عنهن ولا تعلم الأخيرة ، فالميراث =

[في الشهادة في الطلاق]

[١] وإن شهد رجلان على رجل أنه طلق واحدة من نسائه معينة وقالا : نسيناها ، لم تجز الشهادة إن أنكر الزوج ويحلف بالله ما طلق واحدة منهن ، وإن شهدا أنه قال : إحداهن[٢] طالق ، قيل للزوج : إن نويت واحدة تذكرها وإلا طُلّقن[٣] كلهن .

وإن شهد أحدهما بتطليقة والآخر بثلاث ، لزمته طلقة وحلف على البتات ، فإن نكل طلقت عليه البتة ، قاله مالك ثم رجع فقال : يسجن حتى يحلف[٤] ، وإن شهد أحدهما أنه حلف بالطلاق ألا يدخل الدار وأنه دخل ، وشهد الآخر أنه حلف به أن لا يكلم فلاناً وأنه كلمه لم تطلق عليه ، ويلزم الزوج اليمين أنه لم يطلق فإن نكل سجن ـ كما ذكرنا ـ .

وفي قول مالك الأول[٥] إذا نكل طلقت عليه ، وكذلك الحرية في هذا ، وإن

= بينهن أخماساً دخل بهن أم لا ، فأما الصداق : فإن كان دخل بهن فلكل واحدة منهن صداقها كاملاً ، وإن لم يدخل فلكل واحدة نصف الصداق . انظر : التقييد (٣٩١/٢) .

(١) في ك : قال ابن القاسم .

(٢) في ز : إحداكن .

(٣) في ك : طلقن عليك كلهن .

(٤) وقوله الأخير الذي رجع إليه هو المعتمد في المذهب ، وعليه مشى خليل في مختصره ولم يذكر الأول حيث قال : « كشاهد بواحدة وآخر بأزيد ، وحلف على الزائد وإلا سجن حتى يحلف ». مختصر خليل (١٣٠) ، منح الجليل (١٥٥/٤) .

(٥) هذا هو القول الذي رجع عنه مالك ، والمعتمد هو قوله الأخير أنه إذا نكل سجن حتى يحلف ، كما في المسألة السابقة . انظر : منح الجليل (١٥٦/٤) .

شهد أحدهما أنه طلقها يوم الخميس بمصر في رمضان ، وشهد الآخر أنه طلقها يوم الجمعة بمكة في ذي الحجة طلقت عليه ، وكذلك الحرية .

وإن شهد أحدهما أنه قال في رمضان : إن دخلت دار عمرو بن العاص فامرأتي[1] طالق ، وشهد الآخر أنه قال ذلك في ذي الحجة ، وشهدا عليه [هما أو غيرهما أنه دخلها بعد ذي الحجة طلقت عليه][2] ، وإن شهدا عليه جميعاً أنه قال : إن دخلت دار عمرو بن العاص فامرأتي طالق ، وشهد أحدهما[3] أنه دخلها في رمضان وشهد الآخر أنه دخلها في ذي الحجة ، طلقت عليه ، كمن حلف بالطلاق أن لا يكلم فلاناً فشهد عليه رجل أنه كلمه في السوق وآخر أنه كلمه في المسجد ، حنث ، وكذلك يمينه بالعتق ، وإنما الطلاق حق من الحقوق وليس هو حد من الحدود[4] .

[في تلفيق الشهادة في الطلاق]

وإن شهد عليه أحدهما بالبتة ، والآخر بقوله : أنت عليّ حرام أو بالثلاث ، لزمته الثلاث ، وكذلك واحد بخلية وآخر ببرية أو بائن ، وإذا اختلفت الألفاظ وكان المعنى واحداً كانت شهادة[5] واحدة .

---

(١) في ك : فامرأته .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٣) في ز : وشهد الآخر .

(٤) أي فلا يشترط في الشهادة فيه ما يشترط في الشهادة في الحدود من اتحاد المجلس ونحو ذلك مما يشترط في الشهادة في الحدود .

(٥) في ز : شهادته .

وإن شهد واحد أنه طلق ألبتة وشهد آخر أنه قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وشهد هو وآخر أنه دخلها ، لم تطلق ؛ لأن هذا شهد على فعل وهذا على إقرار[1] .

وكذلك إن شهد أحدهما أنه طلقها على عبدها فلان ، وشهد الآخر أنه طلقها على ألف درهم ، فقد اختلفا فلا يجوز ، قال ربيعة : ومن شهد عليه ثلاثة نفر كل واحد[2] بطلقة ليس معه صاحبه ، فأمر أن يحلف فأبى ، فليُفرّق[3] بينهما وتعتد من يوم نكل ، وقضي عليه ، قال ابن شهاب : وإن شهد واحد بواحدة وآخر باثنتين وآخر بثلاث ، لزمته اثنتان .

[في شهادة الأعمى والمختفي والخصوم والنساء ، في الطلاق والنكاح والبيع وغير ذلك]

وتجوز شهادة الأعمى على معرفة الصوت في الطلاق وغيره ، وكذلك من سمع

---

(١) في ز : وهذا شهد على قول .

(٢) في ك : كل واحد منهم .

(٣) قول ربيعة هنا موافق لقول مالك الأول الذي سبق ذكره ، ولكنه مخالف لقوله الثاني الذي رجع إليه والذي هو المعتمد ، فإن الحكم فيه أن الذي شهد عليه ثلاثة نفر كل واحد بطلقة ليس معه صاحبه حُلّف ولا شيء عليه ، فإن نكل سجن حتى يحلف فإن طال سجنه دين ، وعلى مذهب ربيعة مشى خليل في مختصره حيث قال : « وإن شهد ثلاثة بيمين ونكل فالثلاث » ، قال الدردير في الشرح الكبير معلقاً على قول خليل هنا : فالثلاث لازمة له عند ربيعة ، ومذهب مالك الذي رجع إليه أنه يحلف ولا شيء عليه ، فإن نكل حبس وإن طال دين كما تقدم ، فكان على المصنف حذف هذا الفرع . انظر : مختصر خليل (١٣٠) ، منح الجليل (٤/١٥٧) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٤٠٥) .

جاره [من][1] وراء جدار يطلق وإن لم يره .

وإن شهد رجلان على رجل أنه أمرهما أن ينكحاه أو يبتاعا [2] له بيعاً ، وأنهما فعلا وهو ينكر ، لم تجز شهادتهما عليه ؛ لأنهما خصمان .

ولو أقر لهما بالوكالة وقال لهما : لم تفعلا ، وقالا : قد فعلنا ، فالقول قولهما .

ولا تجوز شهادة النساء في شيء من الأشياء إلا في الأموال وفيما يُغيَّب عليه النساء من الولادة والعيوب والاستهلاك .

وكثير من معاني هذا الباب في كتاب الشهادات[3].

[في شهادة القوم على عتق العبد ، وشهادة السيد على طلاق امرأة عبده ، والرجل يرجع عن إقراره بالحلف بالطلاق]

وإن شهد قوم على رجل أنه أعتق عبده ، والعبد والسيد ينكران ، فالعبد حر ، إذ ليس له أن يرق نفسه .

وإن شهد السيد وحده أو معه غيره أن عبده طلق امرأته ، والعبد ينكر ، وامرأة العبد أمة للسيد أو لغيره أو حرة ، لم تجز شهادته ؛ لأنه عيب يتهم على إزالته .

ومن أقر أنه فعل كذا ثم حلف بالطلاق أنه ما فعله ، وقال : كنت كاذباً في إقراري ، صدق مع يمينه ولا يحنث ، ولو أقر بعد يمينه أن قد فعل ذلك ثم قال : كنت

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ك : يبيعا .

(٣) سيأتي كتاب الشهادات في الجزء الثالث .

كاذباً ، لم ينفعه ولزمه الطلاق بالقضاء .

فإن لم تشهد البينة على إقراره بعد اليمين وعلم [هو][1] أنه كاذب في إقراره عندهم بعد يمينه ، حلّ له المقام عليها فيما بينه وبين الله عزوجل ، ولم يسع امرأته المقام معه إن سمعت إقراره هذا إلا أن لا تجد بينة ولا سلطاناً يفرق [بينهما][2] ، فهي كمن طلقت عليه ثلاثاً ولا بينة لها ، فلا تتزين له ولا يرى لها شعراً ولا وجهاً[3] إن قدرت ، ولا يأتيها إلا كارهة ، ولا ينفعها مرافعته ، ولا يمين عليه إلا بشاهد .

[في الذي يطلق زوجته ثلاثاً في سفر ثم قدم قبل البينة فوطئها منكراً للطلاق]

ومن طلق زوجته في سفر ثلاثاً [ببينة][4] ، ثم قدم قبل البينة فوطئها ، ثم أتت البينة فشهدوا بذلك وهو منكر للطلاق مقر بالوطء ، فليفرق بينهما ولا شيء عليه ، قال يحيى بن سعيد : ولا يضرب .

[في دعوى المرأة طلاق زوجها وإقامتها شاهداً ، وما يقضى فيه بالشاهد واليمين]

[5] وإن ادعت امرأة أن زوجها طلقها وأقامت شاهداً لم تحلف معه ، ولا يقضى

---

(١) سقطت من ك .

(٢) سقطت من ق و ز .

(٣) في ك : ولا يرى شعرها ولا وجهها .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في ك : قال مالك .

بشاهد ويمين في طلاق ولا قذف ولا نكاح ولا عتق ، إلا في الأموال أو في جراح العمد والخطأ يحلف مع شاهده ، ويقتص في العمد ، ويأخذ العقل في الخطأ ، كما يقسم مع الشاهد الواحد في قتل العمد والخطأ ، ويستحق مع ذلك القتل في العمد والدية في الخطأ[(١)] .

[في الرجل يشهد على طلاقه ثم يكتم هو والبينة]

قال يحيى بن سعيد : ومن طلق وأشهد ، ثم كتم هو والبينة ذلك إلى حين موته فشهدوا بذلك حينئذ ، فلا تجوز شهادتهم إن كانوا حضوراً ويعاقبون ، ولها الميراث .

[في الرجل يدعي نكاح المرأة وهي تنكره ، والمرأة تدعي الطلاق وهو ينكره]

ومن ادعى نكاح امرأة وأنكرت فلا يمين [له][(٢)] عليها وإن أقام شاهداً ، ولا تحبس ولا يثبت نكاح إلا بشاهدين .

وإن ادعت أن زوجها طلقها لم يحلف الزوج وترك وإياها ، وإن أقامت شاهداً أو امرأتين ممن تجوز شهادتهما [لها][(٣)] في الحقوق حلف الزوج أو منع منها حتى [يحلف][(٤)]، قال مالك : فإن نكل طلقت عليه مكانه وعدتها من يوم الحكم ، وروي

---

(١) وردت هنا زيادة في ك ، وهي : « ولا يقسم في العمد إلا اثنان فصاعداً من الرجال » .

(٢) سقطت من ز .

(٣) سقطت من ك .

(٤) سقطت من ك .

عنه أنه يحبس أبداً حتى يحلف أو يطلق[1]، قال ابن القاسم : وبلغني عنه أنه قال : إذا طال سجنه دين وخلي بينه وبينها ولم يطلق عليه [وإن لم يحلف][2]، وهو رأيي[3].

* * *
* *
*

(١) هذا قول مالك الأول الذي رجع عنه كما سبق في مسألة من شهد عليه اثنان ، واحد بتطليقة وواحد بثلاث تطليقات ، ومسألة من شهد عليه ثلاثة كل واحد بتطليقة . وقد ذكرنا أن قول مالك الذي رجع إليه وهو الأخير والمعتمد في المذهب : أن الجاحد للطلاق إذا نكل ولم يحلف يحبس حتى يحلف ، فإن طال حبسه دين ، وأن القول بأنها تطلق عليه مرجوع عنه وخلاف المعتمد ، والحكم في هذه المسألة مثل الحكم في تينك المسألتين والقولان هما هذان القولان .

(٢) سقطت من ز .

(٣) هذا هو قول مالك الثاني الذي رجع إليه وهو المعتمد كما ذكرنا ، وقول ابن القاسم : « وروي عنه » هو نفسه هذا القول ، إلا أنه في الرواية لم يفصل فيما إذا طال السجن أمداً بعيداً ، وفي البلاغ فصل الحكم فيما إذا طال السجن ، ولا يعقل أن قوله يسجن أبداً على ظاهره ؛ لأن هذا فيه ضرر له وللزوجة . انظر : التقييد (٢/٣٩٨) .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب إرخاء الستور[1] ﴾

[في تداعي المسيس في خلوة الاهتداء أو الزيارة]

[قال مالك :][2] و[من][3] دخل بامرأته وأرخى الستر ثم طلق ، فقال : لم أمسها وصدقته ، فلها نصف الصداق وعليها العدة ولا رجعة له .

وكذلك إن تصادقا أنه قبّل أو باشر أو جرد أو وطئ دون الفرج إلا أن يطول مكثه معها يتلذذ بها ، قال مالك : فأرى لها جميع الصداق .

[وقال][4] ناس[5]: لها نصفه .

وإن قالت : قد وطئني صدقت[1]، كان الدخول عنده أو عندها إذا كان دخول

---

(١) إرخاء الستور : المراد به الخلوة أو ما يسمونها خلوة الاهتداء أو خلوة البناء ، ذلك أن الخلوة عند المالكية خلوتان ، الأولى : خلوة بناء ، وتسمى أيضاً خلوة اهتداء ، وهي التي تكون عند الدخول حين تزف العروس إلى زوجها ، وهذه هي المعروفة بإرخاء الستور ، سميت بهذا لأن الغالب عندها إرخاء الستر لمن عنده ستر . الثانية : خلوة زيارة ، وهذه حيث يكون عقد ولم يدخل بعد . انظر : الشرح الصغير (٢/٤٣٩) ، حاشية الدسوقي (٢/٣٠١) .

(٢) سقطت من ز و ق .

(٣) سقطت من ز .

(٤) سقطت من ز .

(٥) يريد بذلك عبد العزيز بن أبي سلمة ، والمعتمد قول مالك . انظر : التقييد (٢/٢٨٥) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢/٣٠١) .

اهتداء[2]، وعليه الصداق كاملاً .

[3] وإن خلا بها[4] في بيت أهلها قبل دخول البناء ، صدق في إنكاره الوطء ولها نصف الصداق .

وإن أقرّ هاهنا بالوطء فأكذبته فلها أخذ جميع الصداق بإقراره أو نصفه ، ولا بد لها من العدة للخلوة ، ولا رجعة له ، ولو كان معها نساء حين[5] قبّل[6] وانصرف بمحضرهن ، فلا عدة عليها ولها نصف الصداق .

وإن أقر بالوطء بعد أن طلق ولا يعلم له بها خلوة ، فلا عدة عليها ولها أخذه بالصداق كاملاً أو بنصفه .

وكذلك إن خلا بها ومعها نسوة ثم طلقها فادعى الوطء وأكذبته ، فلا عدة عليها .

وإن دخل بها وهي محرمة أو حائض أو في نهار رمضان فاختلفا في الوطء ، فالقول فيه كالقول في الوطء الصحيح في وجوب جميع الصداق بدعواها .

---

(١) في هـ : صدقت عليه .

(٢) أي خلوة اهتداء ، وقد سبق تعريفها ، وهي المعبر عنها بإرخاء الستور ، مأخوذة من الهدوء والسكون ؛ لأن كل واحد من الزوجين يسكن إلى الآخر ويطمئن إليه . حاشية الدسوقي (٣٠١/٢) .

(٣) في ك : قال مالك .

(٤) أي خلوة الزيارة ، وهي التي تكون قبل البناء وبعد العقد . وقد تقدم التمييز بينها وبين خلوة البناء التي تكون عند الدخول .

(٥) في ك و ق و هـ : حتى . والمثبت من ز .

(٦) في ز : قبل أو باشر .

[وكذلك][1] المغصوبة تُحمل[2] بمعاينة بينة ، ثم تخرج فتقول : وطئني غصباً ، وهو ينكر ، فلها الصداق ولا حد عليه ، [وإذا صدقت الزوجة في دعوى الوطء وأخذت جميع الصداق فلا يحلها ذلك لزوج كان طلقها البتة][3] ، قاله مالك[4] ، وقال [ابن القاسم][5]: [وأنا أرى أن][6] يدين ويخلى بينها وبين نكاحه ، [وأخاف][7] أن يكون هذا من الذي طلقها ضرراً منه بها في نكاحها . ولو مات الزوج بعد البناء بيوم عن غير مناكرة ومثله يطأ[8] ، فادعت الوطء كان أبين في إحلالها[9].

[ما تصح الرجعة به وما لا تصح به]

قيل : فمن طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة فيها ، ثم قبلها في عدتها أو لامس لشهوة أو جامع في الفرج [أو فيما دون الفرج][10] ، أو جردها أو نظر إليها أو إلى فرجها ، أيكون [ذلك رجعة][11]؟ ، قال : [قال مالك][1] وعبد العزيز : إن وطئها في العدة ينوي بذلك

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ق وك : تحتمل . والمثبت من ط و ز .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٤) وهو المعتمد في المذهب ـ كما تقدم في كتاب النكاح الثالث ـ .

(٥) سقطت من ز .

(٦) سقطت من ق و هـ .

(٧) سقطت من ق و هـ .

(٨) في ك : ومثلها يوطأ .

(٩) هذه المسألة لا يدخلها خلاف مالك وابن القاسم المتقدم ، فإن الإحلال هنا متفق عليه . انظر : التقييد (٢/٢٨٧) .

(١٠) سقطت من ك .

(١١) سقطت من ز .

الرجعة وجهل أن يُشهِد فهي رجعة ، وإن لم ينو ذلك فليست برجعة .

[ومن][2] طلق فليُشهد على طلاقه وعلى رجعته[3]، [قال مالك][4] في التي منعته نفسها وقد ارتجع حتى يشهد : قد أصابت[5]، وإن قال لها : قد ارتجعتك ، ولم يُشهد فهي رجعة ، ويشهد فيما يُستقبل ، فإن أشهد قبل انقضاء العدة فهي رجعة ، وإن أشهد بعد انقضائها فليست برجعة وإن صدقته ، إلا أن يعلم أنه كان يخلو بها ويبيت معها .

وإن قال لها : قد ارتجعتك ، ثم قال : لم أرد بقولي رجعة وإنما كنت لاعباً[6]، لزمته الرجعة إن كانت في عدتها ، وإن انقضت عدتها فلا رجعة له إلا أن تقوم على ذلك بينة .

وإن قال لها في العدة : كنت ارتجعتك أمس ، صُدّق وإن كذبته ؛ لأن ذلك يعد مراجعة الساعة ، قال مالك وغيره : وأما إن قال لها : إذا كان غداً فقد راجعتك

---

(١) سقطت من ز .

(٢) سقطت من ز .

(٣) الإشهاد على الرجعة مستحب وليس شرطاً في صحتها عند المالكية ؛ لأنها ليست آكد من عقد النكاح الذي لا يشترطون لصحته الشهود . انظر : المدونة (٢/٨٥٨) ، التقييد (٢/٢٨٨) ، منح الجليل (٤/١٩٤) .

(٤) سقطت من ز .

(٥) قال عليش عند قول خليل في مختصره « وأصابت من منعت له » : أي فعلت صواباً ورشداً ولا تكون به عاصية لزوجها بل تؤجر على منعه ؛ لأنه حق لها خشية أن ينكر ارتجاعها ووطأها . انظر : منح الجليل (٤/١٩٤) .

(٦) في هـ : وإنما قلته لاعباً .

لم تكن هذه رجعة .

وإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك في العدة فصدقته أو كذبته لم يُصدّق ولا رجعة له إلا ببينة ، أو يعلم أنه كان يدخل عليها في العدة ويبيت عندها فيُقبل قوله وإن أكذبته ، وإقرارها له بالمراجعة بعد العدة داعية إلى إجازة نكاح بغير صداق ولا ولي .

وإن أقام بينة بعد العدة أنه أقر بالوطء في العدة ، فهي رجعة إن ادعى أن وطأه إياها أراد به الرجعة .

وإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك في العدة ، فأكذبته وهي أمة وصدقه السيد فلا يقبل ذلك إلا بشاهدين سوى السيد ، إذ لا تجوز شهادته على نكاح أمته[1] ولا رجعتها .

[في وقت الرجعة ، وما تنقضي به العدة]

وترتجع الحامل ما بقي في بطنها ولد ، وغير الحامل ما لم تر أول دم الحيضة الثالثة ، فإذا رأته فقد مضت الثلاثة الأقراء ، والأقراء هي الأطهار[2]، قال

(١) في هـ : أمته التي يملك ولا على رجعتها .

(٢) هذا مذهب المالكية خلافاً لمن زعم أنها الحيضات ، وحجة المالكية من حيث الصناعة اللغوية :

١ ـ أن الحيضة مؤنثة والطهر مذكر ، فلو كان القرء يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء « التاء المربوطة » في قوله تعالى : ﴿ ثلاثة قروء ﴾ .

٢ ـ أن القرء الذي هو الطهر هو الذي يجمع على قروء ، مشتق من قرأت الماء في الحوض إذا جمعته ، لأن زمان اجتماع الدم هو زمان الطهر ، أما القرء الذي بمعنى الحيض فيجمع على أقراء . =

= وأما من حيث النص فحديث ابن عمر وقوله في آخره : « ثم تطهر ثم يطلقها إن شاء فتلك

أشهب : وأحب إلي أن لا تنكح حتى تستمر الحيضة ؛ لأنها ربما رأت الدم ساعة ويوماً ثم ينقطع عنها فيعلم أن ذلك ليس بحيض .

فإذا رأت امرأة هذا في الحيضة الثالثة فلترجع إلى بيتها والعدة قائمة ولزوجها الرجعة حتى تعود إليها حيضة صحيحة مستقيمة .

وإن قال لمعتدة : قد ارتجعتك ، فأجابته نسقاً لكلامه : قد انقضت عدتي ، فإن مضت مدة تنقضي في مثلها صدقت بغير يمين وإلا لم تصدق .

وقضى أبان[1] بن عثمان في مطلقة ادعت بعد خمسة وأربعين يوماً أن عدتها قد انقضت ، أنها مصدقة وتحلف[2]. وليس العمل على أن تحلف إذا ادعت فيما تحيض في مثله .

العدة » ، فهو دليل واضح في أن العدة هي الأطهار . انظر : الإشراف (٧٩١/٢)، بداية المجتهد (١٠٩٦/٣).

(١) هو أبان بن عثمان بن عفان ، أول من كتب في السيرة النبوية ، كان من رواة الحديث الثقات ومن فقهاء المدينة أهل الفتوى ، شارك في وقعة الجمل مع عائشة ، وكان والياً للمدينة لمدة سبع سنوات ، وبها كان مولده وبها توفي سنة (١٠٥هـ) ، انظر : العبر (١٢٩/١) ، تقريب التهذيب رقم (١٤١) .

(٢) خبر قضاء إبان هذا رواه مالك في المدونة (٣٣٠/٢) ، وهو خلاف المذهب ؛ لأن هذه المدة يمكن أن تنقضي فيها عدتها ، والمذهب أنها لا تحلف فيما يمكن أن تنقضي فيه عدتها ، ففي مختصر خليل : « وصدقت في انقضاء عدة الأقراء والوضع بلا يمين ما أمكن » ، قال عليش : ولا يمين عليها وإن خالفت عادتها ؛ لأن النساء مؤتمنات على فروجهن . انظر : منح الجليل (١٩٠/٤) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤٢٣/٢) .

وإن أشهد على رجعتها[1] فمضت ، ثم ادعت بعد يوم أو أقل أن العدة قد انقضت قبل رجعتها ، لم تصدق وثبتت الرجعة .

وإن قالت المعتدة : [قد دخلت][2] في دم الحيضة الثالثة ، ثم قالت : كنت كاذبة ، ونظرها النساء فلم يرين حيضاً لم ينظر إلى قولهن ، وبانت بأول قولها إن مضت مدة تنقضي في مثلها العدة ، فإن ادعت أنها أسقطت فذلك لا يخفى عن جيرانها ، ولكن الشأن تصديقها بغير يمين وإن بعد يوم من طلاقه أو أقل أو أكثر ، ولا ينظر إلى الجيران ؛ لأنهن مأمونات على فروجهن ، ولو رجعت فقالت : كنت كاذبة ، لم تصدق وبانت بأول قولها ؛ لأن ذلك داعية إلى إجازة نكاح بغير صداق ولا ولي ، وتنقضي العدة بما أسقطت المرأة مما يعلم النساء أنه ولد من مضغة أو علقة وتكون به الأمة أم ولد ، وإذا قالت المطلقة : حضت ثلاث حيض في شهر ، سئل النساء فإن أمكن ذلك عندهن صدقت ، قال أشهب : وإن قالت : [حضت][3] ثلاث حيض في شهرين ، فقال لها الزوج : قد قلت بالأمس أو قبله إنك لم تحيضي شيئاً ، فصدقته لم يقبل قولها الثاني إلا أن يقيم الزوج بينة أنها قالت ذلك ، فتكون له الرجعة إن لم يمض من يوم القول ما تحيض فيه ثلاث حيض .

وإن مضى ذلك فلا رجعة له ، وإن رجعت عن قولها أنها ما حاضت ثلاث حيض .

قال ابن القاسم : وإن طلقها قبل أن يُعلم له بها خلوة ، ثم أراد ارتجاعها وادعى

---

(١) في ك : على رجعتها رجلين .

(٢) سقطت من ز .

(٣) سقطت من ز .

الوطء وأكذبته ، فأقام بينة على إقراره قبل الفراق بوطئها لم ينتفع بذلك ولا رجعة له وإن صدقته ، إذ ليس له بناء معلوم ، ولتعتد إن صدقته ولها عليه السكنى والنفقة ، وإن لم تصدقه فلا عدة عليها ولا نفقة [لها ولا كسوة . وكذلك][1] إن أقام بينة على إقرارهما بذلك قبل الفراق فلا يصدقان ، وعليها العدة ولا رجعة له ، ولها النفقة والكسوة حتى تنقضي عدتها ولا يتوارثان .

[في المتعة]

ولكل مطلقة المتعة[2] ، طلقت واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، إلا المطلقة قبل البناء وقد سمى لها ، فحسبها نصفه ولا متعة لها ، وإن لم يسم لها فليس لها إلا المتعة ، وإن كانت مدخولاً بها وقد سمى لها في أصل النكاح مهراً أخذته[3] مع المتعة ، وإن لم يسم أخذت صداق مثلها مع المتعة ، ولا متعة للمختلعة ولا للمصالحة ولا للمفتدية[4] ولا للملاعنة ولا للأمة تعتق فتختار نفسها ، دخل بهن أم لا ، سمى لهن صداقاً أم لا .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) وذلك على سبيل الاستحباب ، لا على سبيل الوجوب لقوله تعالى : ﴿ حقاً على المحسنين ﴾ ، أي على المتفضلين المتجملين ، وما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب . انظر : بداية المجتهد (٣/١١٠٩) .

(٣) في ك و ز : أخذته به .

(٤) المختلعة والمصالحة والمفتدية والمبارئة كلها تؤول إلى معنى واحد ، وهو بذل المرأة العوض على طلاقها ، إلا أن الفقهاء يخصصون اسم الخلع ببذلها له جميع ما أعطاها ، والصلح ببعضه ، والفدية بأكثره ، والمبارأة بإسقاطها عنه حقاً لها عليه ، هكذا زعم الفقهاء ـ كما يقول ابن رشد ـ . انظر : بداية المجتهد (٣/١٠٥٣) .

وعلى العبد المتعة ولا نفقة عليه[1].

ومن خلا بزوجته وأرخى الستر وقد سمى لها فطلقها وقال : لم أمسها ، وقالت : مسني ، فالقول قولها في الصداق ولا متعة لها . وللصغيرة والأمة المدبرة والمكاتبة وأم الولد والذمية حكم الحرة المسلمة في المتعة والطلاق .

[قال مالك :][2] وليس للمتعة حد ، ولا يجبر من أباها ؛ لأن الله تعالى إنما جعلها حقاً على المتقين وعلى المحسنين ، فلذلك خففت ولم يقض بها .

[وقال][3] غيره : إذا كان الزوج غير متق ولا محسن فلا شيء عليه ، [قال ابن عباس][4] وغيره : أعلى المتعة خادم أو نفقة ، وأدناها كسوة[5].

وقال ابن حُجيرة[6]: على صاحب الديوان متعة ثلاثة دنانير[7] .

---

(١) أي في العدة إذا كانت مطلقة بائناً ، أما إن كان رجعياً فعليه النفقة على ما في المدونة ـ كما سيأتي في كتاب النفقة ـ .

(٢) سقطت من ز .

(٣) سقطت من ز .

(٤) سقطت من ز .

(٥) ممن قال بقول ابن عباس : سعيد بن المسيب وابن يسار وعمر بن عبد العزيز ويحيى بن سعيد . انظر : المدونة (٢/٣٣٤) ، تفسير الطبري (٥/١٢١) ، تفسير القرطبي (٣/٢٠١).

(٦) هو عبد الرحمن بن حجيرة الخولاني المصري ، قاضي مصر وأمين خزانتها وأحد رجال الحديث الثقات ، ولاه عبد العزيز بن مروان القضاء وبيت المال ، وكان رزقه في السنة ألف دينار ، توفي سنة (٨٣هـ) . انظر : تهذيب التهذيب (٦/١٦٠) .

(٧) انظر : المدونة (٢/٣٣٤) ، وتفسير القرطبي (٣/٢٠١) .

[في موجب الخلع]

[(١)] وإذا كان النشوز من قبل المرأة جاز للزوج ما أخذ منها بالخلع وإن كان أكثر من الصداق إذا رضيت ، ولم يَضُرّ بها وهي طلقة بائنة .

وإن كان لما تخاف المرأة من نشوزه أو لظلم ظلمها أو أضرّ بها ، لم يجز له أخذ شيء منها ، فإن أخذه رده ومضى الخلع .

[في الصلح]

ويجوز أن يأخذ منها على إمساكها أو يعطيها على أن تقيم[(٢)] على الأثرة عليها في القسم من نفسه وماله ، ولا يأثم في الأثرة بعد ذلك .

[في الخلع بما فيه غرر]

وإن خالعها على عبد لها بعينه ولم تصفه له ولا رآه الزوج قبل ذلك ، أو تزوجها على مثل هذا ، ففي النكاح يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل .

وفي الخلع يجوز ، كمن خالع على ثمر لم يبد صلاحه ، أو على بعير شارد ، أو عبد آبق ، أو جنين في بطن أمه ، أو بما تلد غنمها ، أو بثمر نخلها العام ؛ فذلك جائز والخلع لازم ، وله مطالبة ذلك كله على غرره بخلاف النكاح ؛ قال غيره[(٣)]: لأنه يرسل من يده بالغرر ولا يأخذه .

---

(١) في ك : قال مالك .

(٢) في ز : تقيم معه .

(٣) هذا تعليل لقول مالك ، ولم أعثر على نسبته في الأمهات ، ومعنى هذا التعليل أن الخلع فسخ نكاح يخرج من يده به شيئاً ولا يأخذ به شيئاً ، فجاز أن يكون غرراً بخلاف الصداق فإنه يأخذ به شيئاً وهو المرأة ، فلا يجوز أن يكون غرراً . انظر : المدونة (٣٣٧/٢) .

وإن خالعته على ثوب مروي[1] ولم تصفه جاز ، وله ثوب وسط من ذلك ، وكذلك بدنانير أو دراهم أو عروض موصوفة إلى أجل ، فجائز .

وإن خالعها على مال إلى أجل مجهول كان حالاً كمن باع إلى أجل مجهول ، فالقيمة فيه حالة في فوت السلعة .

وإن خالعها على عبد على أن زادها الزوج ألف درهم جاز ، بخلاف النكاح ، لأنه إن كان في قيمة العبد فضل عن الألف فقد أخذت منه بضعها[2] بذلك الفضل ، وإن كانت كفافاً فهي مبارأة .

[في المبارأة والصلح واستحقاق مال الخلع ونفقة الحامل]

ولا بأس بالمبارأة على أن لا تعطيه ولا تأخذ منه شيئاً[3] ، وهي طلقة بائنة ، وإن كانت قيمته أقل من الألف فهو كمن صالح زوجته على أن يعطيها من عنده مالاً ، فالصلح جائز ولا يرجع عليها بشيء مما دفع إليها .

وإن خالعها على دراهم[4] أرته إياها فوجدها زيوفاً فله البدل كالبيع ، وإن كان على عبد بعينه فاستُحِقَّ رجع بقيمته كالنكاح به .

---

(١) في المدونة : ثوب هروي ، وفي التقييد : ثوب بدوي ، أما مروي فنسبة إلى (مرو) بلدة بخراسان ، وهروي نسبة إلى (هراة) بلدة بخراسان أيضاً ، بينها وبين مرو أحد عشر يوماً ، أما بدوي التي في التقييد فلعلها نسبة إلى البادية أو هي تحريف . انظر : المصباح المنير (٦٣٦) .

(٢) في ز : بشقصها .

(٣) وإنما تسقط عنه شيئاً كما تقدم في شرح المبارأة .

(٤) في ك : على دنانير أو دراهم .

وكل حامل بانت من زوجها ببتات أو خلع أو غيره وقد علم بحملها أم لا ، فإن لم يتبرأ من نفقة حملها فلها النفقة بالحمل والسكنى والكسوة ، وليس لنفقتها حد ، وهي على قدر يسره وعسره . وإن اتسع أخدمها ، فإن مات قبل أن تضع حملها انقطعت نفقتها .

فإن بانت منه بما ذكرنا وهي غير حامل فلا نفقة لها ولا كسوة ، ولها السكنى في العدة ، ولا رجعة له عليها ولا يتوارثان .

وإن كان طلاقاً فيه رجعة فلها النفقة والكسوة والسكنى ، كانت حاملاً أم لا ، ويتوارثان ما لم تنقض العدة .

[ومن][1] وكل من يصالح عنه زوجته لزمه صلح الوكيل في غيبته ، وإن وكل بذلك رجلين فخالعها أحدهما لم يجز إلا باجتماعهما ، كما لو وكلهما على بيع أو شراء ، بخلاف رسولي الطلاق .

[في الخلع قبل البناء]

[2] وإن صالحته أو بارأته على المتاركة ، أو خالعته على أن أعطته عبداً أو مالاً وذلك قبل البناء ، فليس لها أخذه بنصف الصداق ، وإن قبضت جميعه ردته . وقلنا ذلك في المتاركة بغير شيء ، فإذا ردّت كان أبعد من أن ترجع بشيء ، وإن قالت له قبل البناء : طلقني طلقة على عشرة دنانير من صداقي ففعل ، كان لها نصف ما بقي من بعد العشرة ، قبضتها أو لم تقبضها .

وإن قالت له : طلقني طلقة بغير شيء ، أو على عشرة دنانير ، ولم تقل من

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ك : قال مالك .

صداقي ففعل غرمت العشرة ، إن اشترطتها ؛ لأنها اشترت بها طلاقها ، وكان لها في الوجهين نصف الصداق .

[في زمن نجاز الخلع ، ومتى يفوت ، والخلع إلى أجل]

وإن قال لها : أنت طالق على عبدك هذا ، فإن قبلت قبل التفرق وإلا فلا قبول لها بعد ذلك .

[قيل :][1] فإذا قال لها : إذا أعطيتني ألف درهم فأنت طالق ثلاثاً ، هل ذلك لها[2] متى ما أعطته ؟ [قال : قال مالك :][3] إن قال لها : أمرك بيدك متى شئت أو إلى أجل ، فأمرها بيدها إلى ذلك الأجل ، إلا أن توقف قبله فتقضي أو ترد أو توطأ طوعاً ، فيبطل ما بيدها ولا يكون لها أن تقضي بعد ذلك .

[في الشروط في الخلع وما يلزم منها ، وحكم الرجعة بعد الخلع]

وإن أعطته شيئاً على أن يطلق ويشرط الرجعة ، أو خالعها وشرط أنها إن طلبت شيئاً عادت زوجة[4] ، أو شرط رجعتها ، فشرطه باطل والخلع يلزمه ، ولا رجعة له إلا بنكاح مبتدئ .

والخلع طلقة بائنة سماها أو لم يسم طلاقاً ، وتعتد عدة المطلقة ، وله أن ينكحها في عدتها إن تراضيا ؛ لأن الماء ماؤه بوطء صحيح ، إلا أن يتقدم له فيها طلاق يكون بهذا ثلاثاً للحر واثنين للعبد فلا تحل له إلا بعد زوج .

---

(١) سقطت من ك و ز و ق .

(٢) في ك : كان ذلك لها . وفي هـ : كان لها ذلك .

(٣) سقطت من ز و ك .

(٤) في ز : زوجته .

وإن أخذ منها شيئاً وانقلبت وقالا ذاك بذاك ولم يسميا طلاقاً فهو طلاق الخلع ، [وإن سميا طلاقاً لزم ما سميا][1].

وإن نوى بالخلع ثلاثاً أو اشترطت هي في الخلع أن تكون طالقاً بطلقتين [أو ثلاثاً][2]، فذلك يلزم .

[في الخلع على أن يُعْطِيَ الرجل شيئاً ، أو على غير شيء]

وإذا لم يكن لها عليه مهر ولا دين فخالعها على أن أعطاها شيئاً أو لم يعطها فذلك خلع ، ولا رجعة فيه ، [وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فيمن طلق وأعطى أن له الرجعة وليس بخلع][3]. وروي[4] عنه أنها واحدة بائنة[5].

وأكثر الرواة على أنها غير بائنة[6]؛ لأنه إذا لم يأخذ منها فليس بخلع وهو رجل طلق وأعطى .

---

(١) تكررت هذه الجملة في ز .

(٢) سقطت من ك و ق .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٤) في ز : ورووا .

(٥) هذه رواية ابن وهب عن مالك وهي متأولة على أنها فيمن صالح وأعطى لا فيمن طلق وأعطى ؛ لأن هذا الاختلاف ورد في موطأ ابن وهب وفي الأسدية وفي الموازية فيمن صالح وأعطى لا فيمن طلق وأعطى . قال في النكت : وهذا هو الصحيح ، والنقل الذي في المدونة ليس بصحيح ، ولا خلاف فيمن طلق وأعطى أنه له الرجعة ؛ لأنه وهب لها هبة وطلقها وليست من الخلع في شيء . انظر : منح الجليل (١٤/٤) ، حاشية الدسوقي (٣٥٢/٢) .

(٦) في ق و ك : غير بائن .

[قال][1] غيره[2]: فيمن قال لمدخول بها : أنت طالق طلاق الخلع فهي البتة ؛ لأنها لا تكون واحدة بائنة إلا بالخلع ، [وقال ابن القاسم : طلقة بائنة[3]، وقال أشهب : واحدة يملك الرجعة][4]. والخلع والمبارأة عند السلطان وغيره جائز .

[في الخلع على أن يكون عنده الولد أوعلى إسقاط السكنى عنه]

قال مالك : وإذا خالعها على أن يكون الولد عنده فالخلع جائز وله شرطه ، إلا أن يضر ذلك بالصبي ويخاف عليه إن نزع منها[5]، مثل : أن يكون يرضع وقد علق بها فلا سبيل له إليه حتى يخرج من حد الإضرار به والخوف عليه ، فيكون له حينئذ أخذه .

وإن خالعها على أن لا سكنى لها عليه ، فإن أراد إلزامها كراء المسكن جاز ذلك إن كان المسكن لغيره ، أو كان له وسمى الكراء ، وإن كان على أن تخرج من مسكنه ، تم الخلع ولم تخرج ، ولا كراء له عليها .

[في الخلع على تعجيل دين لأحدهما أو على شيء حرام أو بعضه حرام]

وإن كان لأحدهما على الآخر دين مؤجل فخالعها على تعجيله قبل محله جاز الخلع

---

(١) سقطت من ز .

(٢) القائل لهذا القول هو ابن الماجشون . انظر : التقييد (٢/٣٠٢) .

(٣) وهو المعتمد في المذهب ، وهذان القولان اللذان في طلاق الخلع هما نفس القولين المتقدمين فيمن صالح امرأته على الخلع ، والمعتمد منهما قول ابن القاسم ، أما قول ابن الماجشون بالبتات فهو خاص بطلاق الخلع . انظر : منح الجليل (٤/١٣ - ١٤)، التقييد (٢/٣٠٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين من ك ، وقد سقط من باقي النسخ .

(٥) في ز : من أمه .

ورُدّ الدين إلى أجله ، و [قيل :][1] إن كان الدين لها عليه ، وهو عين لـه تعجيله قبـل محله ، فليس بخلع [2].

وهو كرجل[3] طلق وأعطى فهي طلقة [واحدة][4] وله الرجعة ، وإن كان الدين مما لا يعجّل إلا برضاها[5] من عرض أو طعام فهذا خلع ولا رجعة له ويرد الدين إلى أجله ويأخذ منها ما أعطاها كما لو طلقها على أن أسلفته[6]، لزمه الطلاق ورد السلف لنهي النبي ﷺ عما جرّ نفعاً من السلف[7]. قال [ابن

---

(١) سقطت من ز .

(٢) هذا القول فيه تفصيل وتقييد لإطلاق القول الأول ، وظاهر عبارة المدونة يوحي أنه من كلام مالك ، وقد قال الدردير : إن هذا القول الذي فيه تفصيل أوجه ، وذلك عند قول خليل في هذه المسألة : « وهل كذلك إن وجب أو لا تأويلان » ، أي وهل يمنع رد الدين إلى أجله ويكون الطلاق بائناً إن وجب عليها قبوله قبل أجله كالعين ، أو لا يمنع ولا يرد الدين إلى أجله ويكون الطلاق رجعياً ؛ لأنه كمن طلق ، وأعطى تأويلان . انظر : حاشية الدسوقي (٢/٣٥١) ، ومنح الجليل (٤/٩ ـ ١٠) .

(٣) في هـ و ز و ق : وهو رجل .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في ز : إلا برضاهما .

(٦) في ك : أسلفته سلفاً .

(٧) حديث نهيه ﷺ عن سلف جرّ منفعة رواه البيهقي في السنن الكبرى بإسناد حسن موقوف على فضالة بن عبيد ، والزيلعي في نصب الراية (٤/٦٠) ، وابن حجر في المطالب العالية (١/٤١١) حديث رقم (١٣٧٣) ، وابن الديبع في تمييز الطيب من الخبيث الحديث (١٨٤) ، والعجلوني في كشف الخفاء (٢/١٢٥) حديث رقم (١٩٩١) ، وأورده الشوكاني في نيل الأوطار (٥/٢٧٦) بإسناد فيه سوار ، ثم قال : وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك ، ثم قال في متن الحديث : قال عمر بن زيد في المغني : « لم يصح فيه شيء »، ووهم إمام الحرمين والغزالي فقالا : إنه صحيح . والنهي عن سلف جرّ نفعاً الذي هو مقتضى الحديث ، عليه العمل عند جمهور الفقهاء .

القاسم][1]: وكذلك إن صالحها[2] على إن أخرته بدين لها عليه إلى أجل فالخلع جائز ، ولها أخذه بالمال حالاً ، وكل ما رددناه من مثل هذا وأجزنا الخلع ، لم يرجع عليها الزوج بصداق المثل ولا غيره .

وإن خالعها على خمر ، تم الخلع ولا شيء له [عليها][3] ، وإن قبضها أهريقت عليه ، وإن خالعها على حلال وحرام ، جاز منه الحلال وبطل الحرام .

[فيمن خالع على نفقته أو نفقة ولده]

[4] وإن خالعها على أن عليها نفقة الولد ورضاعه مادام في الحولين جاز ذلك ، فإن ماتت [قبل استكمال الرضاع][5] كان الرضاع والنفقة في مالها ، وإن مات الولد قبل الحولين فلا شيء للزوج عليها ، [قال مالك :][6] ولم أر أحداً طلب ذلك .

وإن شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين أمداً سمياه أو شرط عليها الزوج نفقة نفسه سنة أو سنتين ، تم الخلع ولزمها نفقة الولد في الحولين فقط ، ولا يلزمها ما ناف على الحولين من نفقة الولد ، ولا ما شرط الزوج من نفقة نفسه ، وقال المخزومي :

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ز : خالعها .

(٣) سقطت من ق و هـ .

(٤) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

(٥) سقطت من ق .

(٦) سقطت من ز .

يلزمها جميع ذلك كالخلع بالغرر[1].

[في معنى المبارئة والمختلعة والمفتدية]

والمبارئة : التي تبارئ زوجها قبل البناء ، فتقول : خذ الذي لك وتاركني .

والمختلعة : التي تختلع[2] من كل الذي لها[3].

والمفتدية : التي تفتدي ببعض مالها وتحبس بعضه ، وذلك كله سواء ، وهي طلقة بائنة .

وإن قالت له : خالعني أو طلقني أو بارئني على ألف درهم أو بألف ، فهو سواء .

---

(١) ما ذهب إليه المخزومي هو المعتمد في المذهب ، قال به عبد الملك بن حبيب وأشهب وابن الماجشون وابن نافع ، قال سحنون : وهو الصواب ، وقال اللخمي : وهو أحسن ، وقال ابن محرز : قول المخزومي أظهر وأشبه بمذاهبهم في الخلع . قال عليش عند قول خليل في هذا الفرع : « وسقطت نفقة الزوج أو غيره ، وزائد شرط » ، والذي ذكره المصنف قول ابن القاسم وروايته عن مالك ـ رضي الله تعالى عنهما ـ وقال الأكثر : لا يسقط ما زاد على نفقة الولد مدة رضاعه ، وصوبه الأشياخ وبه العمل ، حتى قال ابن لبابة : الخلق كلهم على خلاف قول ابن القاسم وروايته عن مالك . وقال الدردير عند قول خليل المتقدم : ثم ما ذكره المصنف من سقوط ما ذكر وعدم لزومه للزوجة ، وإن كان هو رواية ابن القاسم عن مالك ضعيف ، والمعول عليه أنه لا يسقط عنها بل يلزمها ذلك قطعاً . انظر : التقييد (٢/٣٠٥) ، منح الجليل (٤/٢٥) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٣٥٧) .

(٢) في ز : تختلع من زوجها .

(٣) في ق و ك و هـ : التي لها .

[في المخالعة تصاب عديمة ، وفي قولها : طلقني بألف درهم ، وإتباع الخلع بطلاق]

وإن خالعها على أن تعطيه ألف درهم ، فأصابها عديمة ، جاز الخلع [وتبعها][1] بالدراهم ، إلا أن يكون إنما صالحها[2] على أنها إن أعطته الألف تم الصلح[3]، فلا يلزمه الصلح[4] إلا بالدفع . و [من][5] قال له رجل : طلق امرأتك ولك عليّ ألف درهم ففعل ، لزم ذلك الرجل .

وإن قالت له : بعني طلاقي بألف درهم ففعل ، جاز .

وإن قالت له : اخلعني[6] ولك ألف درهم ، فقال لها : قد خالعتك ، لزمتها الألف وإن لم تقل بعد قولها الأول شيئاً ، وإذا أتبع الخلع طلاقاً من غير صمات نسقاً لزم ، وإن كان بين ذلك صمات أو كلام يكون قطعاً لذلك ، لم يلزمه الطلاق الثاني .

[في المخالع يتبين له سبب غير الخلع يفرق بينه وبين زوجته]

وإن خالعها على مال ، ثم تبين [له][7] أنه قد أبتها قبل ذلك ، أو حلف بطلاقها البتة ألا يخالعها ، أو أنه قد نكحها وهو محرم ، أو أنها أخته من الرضاعة ، أو ما لا يُقرّان عليه ، أو انكشف أن بالزوج جنوناً أو جذاماً ، فالخلع ماضٍ ،

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ك : خالعها .

(٣) في ك : الخلع .

(٤) في ك : الخلع .

(٥) سقطت من ز .

(٦) في ز : خالعني .

(٧) سقطت من ق .

وترجع[1] عليه بما أخذ منها ؛ لأنها كانت أملك بفراقه ، وفراقها إياه من أجل الجنون والجذام فسخ بطلاق .

وإن انكشف بعد الخلع أن بها جنوناً أو جذاماً أو برصاً كان له ما أخذ وتم الخلع ؛ لأن له أن يقيم .

ولو تركها أيضاً بغير خلع لما غرته كان فسخاً بطلاق .

[في اختلاف الزوجين في قبول الخلع والتمليك والمال المخالع عليه]

وإن قالت له : كنت طلقتني أمس على ألف درهم وقبلت ، وقال الزوج : كان ذلك ولم تقبلي ، فالقول قولها ، وكذلك [قال مالك][2] في الذي ملّك امرأته [أمرها][3] ثم خرج فلما رجع قالت : كنت اخترت نفسي ، وقال الزوج : لم تختاري ، إن القول قولها[4]، واختلف فيها بالمدينة ، ومن قول [مالك][5] يومئذ :

(١) في ك : وترجع زوجته عليه .

(٢) سقطت من ز .

(٣) سقطت من ق و ز .

(٤) هذه المسألة وردت في المدونة كدليل على التي قبلها ، وعبارة المدونة : « لأن مالكاً قال في الذي ملك امرأته ...إلخ »، إشارة إلى قياس مدة الخيار في الخلع على مدة الخيار في التمليك. وقد تقدم في كتاب التخيير والتمليك اختلاف قول مالك في ذلك ، وقد بينا هناك أن المعتمد في المذهب هو قول مالك الأول أن مدة الخيار ما لم يتفرقا من المجلس ، وأنه القول الذي اختاره ابن القاسم بل وذكر الدردير أن مالكاً رجع إليه ثانية ، فالحكم في مسألة التمليك كالحكم هنا في مسألة الخلع ، والخلاف هو الخلاف ، والمعتمد في المذهب هو قول مالك الأول أنه إنما يقضي في ذلك في المجلس ، وهو الذي أشار إليه هنا بقوله : « ومن قول مالك يومئذ أن لا يقضى بالتمليك إلا في المجلس » . انظر : المدونة (٣٤٨/٣) ، التقييد : (٣٠٨/٢) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤١٢/٢) .

(٥) سقطت من هـ .

أن لا يقضى بالتمليك إلا في المجلس .

وإن قالت له : خالعني على هذا الثوب ، وقال الزوج : بل على هذا العبد ، فالقول قولها ، وتحلف إلا أن يأتي الزوج ببينة ، وإن صالحته على شيء فيما بينهما فلما أتى بالبينة ليشهد جحدت المرأة أن تكون أعطته على ذلك شيئاً ، فالخلع ثابت ولا يلزمها غير اليمين ، [فإن نكلت حلف هو واستحق][1]، وإن جاء الزوج بشاهد على ما يدعي حلف معه واستحق .

[في خلع الأب والوصي والسيد عمن تحت ولايتهم من صغير أو عبد وتزويجهم له]

[2] ويجوز للأب أو الوصي المبارأة عن الصبي[3]، على النظر له الحظ[4] فيما يأخذ له كيما يُنكِحُه نظراً ، ولأنه يومئذ [ممن][5] لا يجوز طلاقه ، ولا يلزم الصبي أن يطلقها عليه على غير الخلع وأخذ المال ، وإن لم يكن للطفل اليتيم وصي فأقام له القاضي خليفة ، كان كالوصي في جميع أمره ، ويلزم الصبي طلقة بائنة في مبارأة أبيه أو وصيه ، فإن تزوجها بعد بلوغه أو قبله ثم طلقها بعد بلوغه طلقتين ، لم تحل له إلا بعد زوج ، وإذا زوج الوصي[6] يتيمه البالغ بأمره ، أو زوج السيد[7] عبده البالغ بغير

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٢) في ك : قال مالك .

(٣) في ك وهـ و ز : على الصغير .

(٤) في ق و هـ : والحيطة . والمثبت من ك و ز ، وهو الموافق للفظ المدونة .

(٥) سقطت من ق .

(٦) في ك : الصبي . وفي ز : وإذا زوج الذمي يتيمة بالغة .

(٧) في ك : الصبي .

أمره ، فذلك جائز عليه ، أو زوج ابنه أو يتيمه قبل البلوغ ثم بلغ سفيهاً ، لم تجز المبارأة عن أحد من هؤلاء من غير إذنه ؛ لأنه [ممن][1] يلزم طلاقه إن طلق ، ولا يُكرهون على الطلاق .

وإذا زوج السيد عبده الصغير لم يطلق عليه إلا بشيء يأخذه له ، وروى ابن نافع عن [مالك][2] فيمن زوج وصيفه[3] ووصيفته ولم يبلغا أنه جائز[4]، فإن فرق السيد بينهما على النظر والاجتهاد جاز ذلك[5] ما لم يبلغا .

وقال ابن نافع : لا يجوز من ذلك إلا ما كان يحمل على وجه الخلع[6].

[في خلع الأب عن ابنته ، وخلع الأمة وأم الولد]

وللأب أن يخالع على ابنته الصغيرة وإن كان على إسقاط جميع المهر ، وذلك جائز عليها . وليس للوصي أو غيره أن يخالعها من زوجها ، بخلاف مبارأة الوصي عن يتيمه ، والفرق بينهما أن الوصي يزوج يتيمه ولا يستأمره ولا يزوج يتيمته إلا بإذنها [ورضاها][7].

---

(١) سقطت من ز .

(٢) سقطت من ز .

(٣) الوصيف : الغلام دون المراهق ، والوصيفة الجارية كذلك ، والجمع وصفاء . انظر : المصباح (٦٦١) .

(٤) رواية ابن نافع هنا تخالف رواية ابن القاسم ، وقد خالفها ابن نافع نفسه كما ستعلم ، ورواية ابن القاسم عن مالك هي المعتمدة . انظر : منح الجليل (١٥/٤) ، التقييد (٣٠٩/٢) .

(٥) في ز : جاز ذلك أيضاً .

(٦) مذهب ابن نافع هنا يخالف روايته المتقدمة كما ترى ، وهو موافق لرواية ابن القاسم .

(٧) سقطت من ك و ق .

وكذلك يباري عن يتيمه ولا يباري عن يتيمته إلا برضاها ، وروى [ابن نافع عن مالك][1] في صغيرة زوجها أبوها أن للخليفة أن يباري عنها على وجه النظر ، ويلزمها ذلك إذا كبرت [2] .

وإذا خالع الأب عن ابنته الثيب بعد البناء وهي بالغ على أن يضمن[3] للزوج الصداق ، فلم ترض الابنة بطلب الأب أخذت به الزوج ورجع به الزوج على الأب . [وكذلك][4] إن فعل بها ذلك أخ أو أجنبي .

وإن خالعها الأب بعد البناء وقبل بلوغها على أن ترك لزوجها جميع المهر جاز ذلك عليها ، ثم لأبيها إذا رجعت إليه قبل البلوغ أن يزوجها كما تزوج البكر ، ويجوز إذنه عليها .

ولا تختلع أمة ولا أم ولد من زوج بمال إلا أن يأذن السيد ، فإن فعلا بغير إذنه كان له رد العطية ولزم الزوج الخلع ، ويرد ما أخذ ولا يتبع به الأمة إن أعتقت .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) رواية ابن نافع هنا هي المعتمدة في المذهب ، وإليها رجع ابن القاسم ، فقد نقل الزرويلي أن ابن القاسم رجع إلى أن مباراة الوصي والسلطان جائزة على الصغيرة إذا كان ذلك حسن نظر ، قال : وهو أحسن . انظر : التقييد (٢/٣١٠) .

(٣) في ق و هـ : على أن ضمن .

(٤) سقطت من ز .

وأكره[1] أن يزوج [الرجل][2] أم ولده فإن فعل وجهل لم يفسخ إلا أن يكون أمر بيّن من الضرر بها [فيفسخ][3] .

ويجوز ما خالعت به المكاتبة أو وهبت من مالها بإذن السيد .

[في الخلع في المرض]

[4] و [من][5] خالع زوجته في مرضه جاز له ما أخذ منها ، فإن مات من[6] مرضه ذلك ورثته ، وإن ماتت هي لم يرثها ، وكذلك إن ملّكها في مرضه أو خيّرها فاختارت نفسها ، أو طلقها طلاقاً بائناً في مرضه بأي وجه كان ، فإنه لا يرثها إن ماتت ، وهي ترثه إن مات من ذلك المرض ؛ لأن الطلاق جاء من قبله ، [قال مالك :][7] وإن اختلعت منه في مرضها وهو صحيح بجميع مالها لم يجز ، ولا يرثها ، [قال ابن القاسم :][8] ولو اختلعت منه على أكثر من ميراثه منها لم يجز ،

---

(١) الكراهة هنا على بابها ، لذلك عللها ـ كما تقدم في كتاب النكاح ـ بقوله : لأنه ليس من مروءة الأخلاق . قال عياض : وذلك بأن يعدل إلى قرابته فيجعله فراشاً لغيره ، ورأى أن الكراهة هنا عامة ، أي سواء كان زواجها برضاها أو إجباراً منه عليه ، أما الأول فلأنه ليس من مروءات الأخلاق ، وأما الثاني فلشبهة الحرية فيها . انظر : التقييد (٢/٢١١).

(٢) سقطت من ق .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ك : قال مالك .

(٥) سقطت من ز .

(٦) في ك : في .

(٧) سقطت من ز .

(٨) سقطت من ز .

فأما على مثل ميراثه منها أو أقل فجائز ، ولا يتوارثان ، قال ابن نافع : يلزمه الطلاق ولا يجوز له من ذلك إلا قدر ميراثه مثل ما فسر[1] ابن القاسم .

قال ابن نافع عن مالك : ويوقف المال حتى تصح أو تموت ، وقد تقدم ذكر من خالع على غرر أو أتبع الخلع طلاقاً ، وذكر الصبي يخالع عنه أبوه أو وصيه[2] .

[في الذي يصالح امرأته ثم يعقبه بظهار أو إيلاء]

و [من][3] صالح[4] امرأته ثم ظاهر منها في عدتها أو آلى ، لزمه الإيلاء ولم يلزمه الظهار ، إلا أن يقول : إن تزوجتك ، أو يجري قبل ذلك من الكلام ما يدل عليه فيلزمه الظهار إن تزوجها ، كمن خالع إحدى امرأتيه فقالت له الأخرى : ستراجعها[5] ، فقال لها : هي طالق أبداً ، ولا نية له ، فإن تزوجها طلقت منه مرة واحدة[6] وكان خاطباً ؛ لأن مالكاً جعله جواباً لكلام امرأته .

[في الذي يعلق طلاق امرأته بأمر ثم يصالحها]

و [من][7] قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وصالحها ، ثم دخلتها

---

(١) إشارة إلى أن قول مالك وقول ابن القاسم ورواية ابن نافع كلها متفقة ، فقول مالك ورد مجملاً في أن ليس له أخذ جميع المال ، ففسره قول ابن القاسم بأن له أخذ الثلث فأقل ، ثم جاءت رواية ابن نافع عن مالك بمثل ما فسر به ابن القاسم قول مالك .

(٢) انظر : (ص٣٨٠ ، ٣٩١) من هذا الجزء .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ك : خالع .

(٥) في ك : إنك ستراجعها .

(٦) في ز : طلقت عليه طلقة واحدة . وفي ق : طلقت مكانه .

(٧) سقطت من ز .

بعد الصلح مكانها ، لم يلزمه طلاق .

وإن قال لها : إن لم أقض فلاناً حقه إلى وقت كذا فأنت طالق ، فلما جاء ذلك الوقت وخاف الحنث صالحها فراراً من أن يقع عليه الطلاق فبئس ما صنع ولا يحنث بعد الوقت إن لم يقض فلاناً حقه ؛ لأن الوقت مضى وليست له بامرأة ، ولو تزوجها بعد [مضي][1] الوقت لم يحنث قضى فلاناً حقه أم لا .

[فيمن يصالح امرأته على مال إلى أجل أو على دين]

وإن صالحها[2] بدراهم أو طعام أو عروض موصوفة[3] إلى أجل جاز ، وله أن يأخذ منها بذلك رهناً وكفيلاً .

ولا يبع الطعام قبل قبضه [وهو مكروه][4]؛ لأنه عنده محمل البيع[5]، وإن صالحها[6] على دين فباعه منها [بعرض][7] إلى أجل ، أو خالعها على عرض موصوف إلى أجل فباعه منها بدين إلى أجل لم يجز ؛ لأنه دين بدين ويرجع فيكون له الدين الأول . وإن صالحها[8] على عبد بعينه على ألا

(١) سقطت من ك و ز و هـ .

(٢) في ك : خالعها .

(٣) في ك و ز و هـ : أو عرض موصوف .

(٤) سقطت من ك و ز و هـ .

(٥) يريد أنه وإن كان هنا في إطار الخلع الذي تقدم أنه يجوز بما فيه غرر ، إلا أنه هنا يحمل محمل البيع الذي يحرم فيه الغرر ، فتجري الكراهة فيه على أقل تقدير . انظر : التقييد (٢/٣١٤) .

(٦) في ك : خالعها .

(٧) سقطت من ز .

(٨) في ك : خالعها .

يقبضه[1] إلا إلى أجل من الآجال ، فهو حال ، والخلع جائز ، والأجل [فيه][2] باطل .

[في الحضانة[3]]

[4] ويترك الغلام في حضانة الأم حتى يحتلم ثم يذهب حيث شاء .

وللأب تعاهد الولد عند أمهم[5] ، وأدبهم وبعثهم إلى المكتب[6] ، ولا يبيتوا إلا عندها ، إلا أن تتزوج الأم والولد صغير يرضع أو فوق ذلك ، فإنه ينزع منها إذا دخل بها زوجها ، لا قبل ذلك ، ثم لا يرد إليها إن طلقت ، ولا حق لها فيه إذا أسلمته مرة .

وتترك الجارية في حضانة الأم في الطلاق والموت[7] حتى تبلغ النكاح ، فإذا بلغته نظر فإن كانت الأم في حرز وتحصين فهي أحق بها أبداً حتى تنكح وإن بلغت أربعين سنة ، وإن لم تكن الأم في حرز وتحصين [في موضعها ، أو كانت غير مرضية في نفسها][8] ، أو نكحت ودخلت ، فللأب أخذها

---

(١) في ق : تقضيه ، وفي ز : يقضيها .

(٢) سقطت من ز .

(٣) الحضانة لغة : الحفظ والصيانة . وشرعاً : صيانة العاجز والقيام بمصالحه . انظر : منح الجليل (٤/٤٢٠) .

(٤) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

(٥) في ز : عند أمهاتهم .

(٦) المكتب : محل تعلم الكتابة ، أو المعلم أو المعلمة . انظر : منح الجليل (٤/٤٢١) .

(٧) أي موت الزوج .

(٨) ما بين المعكوفتين تكرر في ق .

منها وكذلك للأولياء[1] أو الوصي أخذ الولد بذلك إذا أخذ إلى أمانة وتحصين .

وكل من له الحضانة من أب أو ذات رحم أو عصبة ليس له كفاية ولا موضعه بحرز ولا يؤمن في نفسه فلا حضانة له . والحضانة لمن فيه ذلك وإن بعد .

وينظر للولد في ذلك بالذي هو أكفأ وأحرز فرُبّ والد يضيع ولده ويدخل عليهم رجالاً يشربون[2][3] فينزعون منه .

[في ترتيب الحاضنين في الأحقية بالحضانة]

ويترك الولد في الحضانة عند غير الأم إلى حد ما يترك عند الأم ، والأم أحق بحضانة الولد في الطلاق والوفاة ، حتى يبلغوا ما وصفناه ، فإن ماتت الأم أو نكحت فالحضانة لمن هي أقعد بالأم إذا كانت ذات محرم[4] من الصبيان . فالجدة للأم أحق وإن بعدت بعد الأم ، ثم الخالة ثم الجدة للأب .

والأب أولى من الأخوات والعمات وبنات الأخ ، فإذا لم يكن الأب فالأخت ثم العمة ثم بنات الأخ ثم العصبة ؛ والأولياء هم العصبة .

ومن هؤلاء الأولياء الجد والأخ وابن الأخ والعم وابن العم ومولى النعمة ؛ لأنه وارث ومولى العتاقة[5].

---

(١) في ز : للأب .

(٢) في ز : يشركون .

(٣) يشربون : أي يشربون الخمر ، وعبارة المدونة : « قال مالك : ربّ رجل شِرِّير سِكِّير يترك ابنته ويذهب لشرٍ ما ، ويدخل عليها الرجال ، فهذا لا يضم إليه شيء أيضاً » ، المدونة (٣٥٦/٣) ، وانظر : التقيد (٣١٧/٢) .

(٤) في ز : إذا كانت محرماً .

(٥) في ك والمولي للعتاقة . وفي ز : والمولي عتاقة .

وليس من يسلم على يديه بـولي ، ولا ينسـب إليـه وإن والاه ، وإذا تزوجـت الأم ولها أولاد صغار وجدتهم لأمهم في بلد ثان ، وخالتهم معهم حاضرة ، فالخالة أحـق ، وإذا كان الولد ليس لهم جدة من قبل أمهم ، أو لهم جدة لأم لها زوج أجنبي فالحضانة لمن هي أقعد بالأم على ما ذكرنا .

وكل من خرج من بلده منتقلاً لسكنى بلد آخر غير بلد الأم ، من أب أو أحد من أولياء الولد الذين ذكرنا ، فله الرحلة بالولد إذا كـان الولـد معـه في كفايـة ، تزوجـت الأم أم لا . ويقال لها : اتبعي ولدك إن شئت أو دعيه . وأمـا مـن خـرج مـن الأوليـاء لسفر لغير سكنى فليس له الرحلة بالولد .

وليس للأم أن تنقل الولد من الموضع الذي فيه والدهم أو أولياؤهم ، إلا لمـا قـرب كالبريد ونحوه ، حتى يبلغ الأب أو الأولياء خبرهم ، ثم لها أن تقيم هناك .

[في حضانة غير المسلمة]

والذميـة[1] إذا طلقـت ، أو المجوسـية يسـلم زوجـها وتأبـى هـي الإسـلام ، فيفرق بينهما ؛ [فإن لها][2] من الحضانة كما للمسلمة إن كانت في حرز . وتمنـع أن تغذيـهم بخمـر أو خـنزير . فـإن خيـف أن تفعـل بهـم ذلـك ضمـت إلـى نـاس مـن المسـلمين ، ولا ينـزع منها إلا أن تبلـغ الجاريـة وتكـون عندهـا في حرز .

---

(١) حضانة الذمية سبق وأن ذكرت في كتاب النكاح الثالث ، لكن موضعها هنا .

(٢) سقطت من ز و ق و هـ .

[في حضانة الأمة إذا عتق ولدها وحضانة أم الولد]

وإذا أُعتق ولد الأمة وزوجها حر فطلقها فهي أحق بحضانة[1] ولدها إلا أن تباع فتظعن[2] إلى غير بلد الأب ، فالأب أحق به .

أو يريد الأب الانتقال إلى غير بلده فله أخذه ، وليس العبد في انتقاله بولده كالحر ، والأم أحق به كانت أمة أو حرة ؛ لأن العبد لا قرار له ولا مسكن ، وحكم التفرقة في البيع بين الولد وأمه مذكور في كتاب التجارة بأرض الحرب [3] .

ولأم الولد تعتق ما للحرة من الحضانة .

[في النفقات ، وما يلزم الرجل نفقته من ولده]

[4] وإذا أخذ الولد من له الحضانة فعلى الأب نفقتهم وكسوتهم وسكناهم ما بقوا في الحضانة ، ويخدمهم إذا احتاجوا إلى ذلك وكان الأب ملياً . ولحاضنتهم قبض نفقتهم ، فإن كان الأب عديماً فهم من فقراء المسلمين .

ولا يجبر أحد على نفقتهم ، ولا الأم إن كانت موسرة ، إلا الأب وحده إذا قدر . وتلزمه نفقة ولده الذكور حتى يحتلموا ، والإناث حتى يدخل بهن أزواجهن ، إلا أن يكون للصبي كسب يستغني به ، أو له مال فيُنفق عليه منه .

فإن طلقت الجارية بعد البناء أو مات زوجها فلا نفقة لها على الأب وإن كانت فقيرة ، وإن طُلّقت قبل البناء فهي على نفقتها .

---

(١) في ق : أحق بالحضانة .

(٢) في ك فيُظعن بها .

(٣) سيأتي في الجزء الثالث - إن شاء الله تعالى - .

(٤) في ك : قال مالك - رحمه الله تعالى - .

وعليه نفقة من بلغ من ولده أعمى أو مجنوناً أو ذا زمانة لا حراك له . ولو بلغوا أصحاء ثم أصابهم ذلك بعد خروجهم من ولاية الأب ، فلا نفقة لهم عليه .

[في النفقة على الأبوين وخدمهم وأزواجهم]

ويلزم الولد المليء نفقة أبويه الفقيرين ، كانا مسلمين أو كافرين .

والولد صغير أو كبير ، ذكر أو أنثى كانت البنت متزوجة أم لا وإن كره زوج الابنة ، وكذلك من مال يوهب للولد أو يُتصدّق به عليه .

وينفق على امرأة واحدة لأبيه لا أكثر ، وإن لم تكن أمه . وينفق على جارية[1] أبيه ، أو على خادم زوجته[2]؛ [لأن خادم زوجته كخدمه][3] إذ على الابن إخدامه إن قدر .

وينفق على أمه إن كان لها زوج فقير ، ولا ينفق على زوجها ، ولا حجة للولد إن قال : يفارقها الزوج حتى أنفق عليها .

وما أُنفق على الوالدين من مال الولد فلا يتبعا به إذا أيسر . فإن كان الأب والابن فقيرين ، لم تلزم أحدهما نفقة صاحبه[4].

وينفق على من له خادم من الأبوين عليه وعليها ، وكذلك إن كانت له دار لا فضل في ثمنها ، فله النفقة كما يُعطى من الزكاة .

[في التعدية على الغائب في النفقة وظعن الزوج بزوجته]

ويعدى على الغائب في بيع ماله لنفقته على ما ذكرنا ، ومن أسلم وله بنات قد

---

(١) في ك : خادم .

(٢) في ز : أو على خادم زوجته تخدمه .

(٣) سقطت من هـ و ز .

(٤) في ز : لم يلزم أحدهم نفقة الآخر .

حضن فاخترن الكفر فعليه نفقتهن .

وللزوج أن يظعن بزوجته من بلد إلى بلد وإن كرهت ، وينفق عليها . وإن قالت : [لا أخرج][1] حتى آخذ صداقي ، فإن كان بنى بها فله الخروج بها وتتبعه به ديناً .

[في نفقة الجد وولد الولد والأخ وبقية الأرحام وخادم الزوجة]

ولا يلزم الجد نفقة ولد الولد ، كما لا تلزمهم نفقته ، وتلزم الزوج نفقة زوجته ونفقة خادم [واحدة][2] من خدمها لا أكثر ، ولا تلزمه نفقة أخ ولا ذي رحم منه ، قال مالك[3]: ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾[4] أن لا يضار[5].

---

(١) سقطت من ز و ق و هـ .

(٢) سقطت من ك .

(٣) قال الزرويلي : كان الأولى أن يقول : وقول الله تعالى . . . الآية . قلت : وهذا التفسير للآية منسوب في المدونة إلى زيد بن أسلم من رواية ابن وهب في موطئه ، ولعل نسبته هنا لمالك لكونه قال به . ومعنى قوله : قال مالك : وعلى الوارث مثل ذلك أن لا يضار : أن مالكاً - رحمه الله - فسر قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ بأن ليس لها أن تلقي ولدها عليه ، وهو لا يجد من يرضعه فيضار بذلك ، وليس له هو أن يضارها فينتزع منها ولدها وهي تحب أن ترضعه . وعلى الوراث الذي هو ولي اليتيم ما على الأب من عدم جواز المضارة ، ومالك هنا أعاد الضمير في قوله ﴿ ذلك ﴾ إلى أقرب مذكور ، وهو عدم المضارة خلافاً لغيره كأبي حنيفة ، فإنه أعاد الضمير إلى كل ما ذكر من قوله : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ، فألزم الوارث النفقة والكسوة إضافة إلى عدم المضارة . وقد نسب الآلوسي هذا التفسير الذي أخذ به أبو حنيفة إلى عدد كبير من الصحابة والتابعين . انظر : روح المعاني (١٤٧/٢)، التقييد (١٤٧/٢).

(٤) سورة البقرة ، الآية (٢٣٣) .

(٥) في ز : إلا أن يضار .

وإذا كان للبكر خادم ورثتها عن أمها ولا بد لها ممن يخدمها فعلى الأب أن ينفق على الابنة ، ولا تلزمه نفقة خادمها ، ويقال للأب إما أنفقت على الخادم أو بعتها .

[في الحكمين]

[1] وإذا قبح[2] ما بين الزوجين وجهل حقيقة أمرهما بعث الإمام حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، من أهل العدل والنظر ، فإن لم [يكن][3] في أهلهما ما يراه لذلك أهلاً ، [أو لا أهل لهما][4] بعث من غير الأهلين ، فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما وإلا فرقا[5] بينهما ، ثم يجوز فراقهما دون الإمام . وللزوجين أن يرضيا ببعثهما دون الإمام .

فإن جعلا ذلك إلى رجل عدل [فحكم][6]، مضى ذلك عليهما[7].

---

(١) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

(٢) في ك : فتح . وفي المدونة : إذا فتح ما بين الرجل وامرأته حتى لايثبت بينهما بينة ولا يستطاع إلى أن يتخلص إلى أمرهما . قلت : لعل مراده « بفتح » أي تفاقم وبرز بحيث صار كالشيء المفتوح الذي يعسر إغلاقه ، انظر : المدونة (٢/٣٦٧) .

(٣) سقطت من ك .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في ك و ز : فُرِّق بينهما .

(٦) سقطت من هـ ، وفي ك : فحكم بينهما .

(٧) لا خلاف في المذهب أنه يجوز للزوجين إقامة حكم واحد يحكم بينهما إذا كان متصفاً بصفة الحكمين من العدالة والفقه ، وهل يجوز ذلك لغير الزوجين كالوليين والقاضي ، اختلف في ذلك في المذهب لعدم ورود نص عن المتقدمين ، وإلى هذه المسألة أشار خليل في مختصره بقوله : « وللزوجين إقامة واحد على الصفة ، وفي الوليين والحاكم تردد » انظر : منح الجليل (٣/٥٥٤) .

[في صفة الحكمين ، ومن يخوّلهما]

ولا يجوز في ذلك تحكيم عبد أو صبي أو مشرك أو سفيه أو امرأة[(١)] ببعث الإمام أو ببعث الزوجين دونه ، أو من يليهما إن كانا في ولاية ؛ لأن ذلك خارج عما أراد الله تعالى من الإصلاح إلى الضرر ، وهؤلاء لا يجوز منهم اثنان ، فكيف بواحد [وقد][(٢)] قال ربيعة : لا يبعث الحكمين إلا السلطان ، فكيف يجاز تحكيم المرأة والصبي والعبد والنصراني والمسخوط ، ولو حكّم الزوجان من ذكرنا أنه لا يحكّم ففرق ، لم يمض ذلك ولا يكون طلاقاً ؛ لأن ذلك لم يكن على جهة تمليك الطلاق ، يدل على ذلك دخول الزوجة فيه بتحكيمها ولا مدخل للزوجة في تمليك الطلاق ، وإذا كان أحد الزوجين أو كلاهما في ولاية ، فذلك في بعث الحكمين إلى من يليهما دون العصبة .

[في حكم الحكمين وما ينفذ منه وما لا ينفذ]

وإذا حكما بالفراق كانت طلقة بائنة ، حكما بأخذ مال أو بغير أخذ مال[(٣)] ولا يفرقا بأكثر من واحدة .

وإن حكما بالفراق بغرم على المرأة لنفي الضرر عنها جاز[(٤)] ، وإن حكما[(٥)] بغرم على الزوج لم يجز .

---

(١) في هـ : أو امرأة أو مسخوط .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في هـ : أم بغير مال .

(٤) في ك : جاز ذلك .

(٥) في ك : وإن هما حكما .

قال ربيعة : إن كان الظلم منه فرقا بغير شيء ، وإن كان منهما معاً أعطيا الزوج على الفراق بعض الصداق ، وإن كان الظلم منها خاصة جاز ما أُخذ له منها[1].

وإن حكم أحدهما بالطلاق ولم يحكم الآخر ، أو حكم [أحدهما][2] على مال والآخر على غير مال ، لم يلزم شيء إلا باجتماعهما ، إلا أن ترضى الزوجة بالمال الذي قال أحدهما واجتمعا[3] على الفراق فيلزم .

وإن حكم أحدهما بواحدة والآخر باثنتين أو اجتمعا على أكثر من واحدة أو على الثلاث ، أو حكما بلفظ البتة أو خلية أو برية ونوى بهما الحكمان ثلاثاً لم يلزم في ذلك كله إلا واحدة ، دخل بها أم لا ؛ لأن ما زاد على الواحدة خارج عن معنى الإصطلاح ، وحكم التي لم يُدخل بها في الحكمين حكم المدخول بها ، إلا أنهما لا يبطلان ما للزوج من الرجوع بنصف المهر إن قبضته هي ، كما لا يفرقان على الأخذ منه[4].

ولو حكم بأخذ الزوج منها جميع المهر على الفراق جاز ذلك .

* * *

* *

*

(١) انظر : المدونة (٢/٣٧١) . وقول ربيعة هنا موافق للمذهب . انظر : التقييد (٢/٣٢٦) .

(٢) سقطت من ز و هـ .

(٣) في ز : وقد اجتمعا .

(٤) في ك : على أخذ شيء منه .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب العدة وطلاق السنة[1] ﴾

[في صفة طلاق السنة]

[2]وطلاق السنة أن يطلق طلقة في طهر لم يمس فيه[3]، وإن كان في آخر ساعة منه ، ولا يتبعها في ذلك طلاقاً ثم يمهلها حتى تنقضي العدة برؤية أول دم الحيضة الثالثة ، ويُكره[4] أن يطلقها في طهر قد جامع فيه ، فإن فعل لزمه ، وتعتد بذلك الطهر ، وإن لم يبق منه إلا يوم ، ولا يؤمر برجعتها .

ويكره أن يطلقها ثلاثاً في مجلس واحد أو في كل طهر طلقة ، فإن فعل لزمه .

قال ابن مسعود رضي الله عنه : إن أراد أن يطلقها ثلاثاً فليطلقها في كل طهر طلقة[5].

---

(١) يتكلم في هذا الكتاب عن العدة وما تتربص إليه المعتدة ، وعن طلاق السنة ، أي الذي عُلمت شروطه تفصيلاً من السنة وإن كانت وردت في الكتاب مجملة ، وهو هنا ما قابل طلاق البدعة المحرم ، أو المكروه لانتفاء شرط . انظر : التقييد (٢/٣٣٧) ، منح الجليل (٤/٣٤) .

(٢) في ك : قال مالك ـ رحمه الله تعالى ـ .

(٣) في ك : أن يطلق الرجل امرأته في طهر لم يجامعها فيه . وفي هـ : لم يمسها فيه .

(٤) في ك : وكره مالك. والكراهة في هذا الموضع والذي بعده على بابها. انظر : التقييد (٢/٣٢٨).

(٥) هذا الأثر رواه ابن عبد البر في الاستذكار (١٨/٤٩) ، والبيهقي في الكبرى (٧/٣٣٢) ، وذكره السيوطي في الدر المنثور (٨/١٩٠)، ونسبه إلى عبد بن حميد والطبراني وعبد الرزاق ، ولم أقف عليه بلفظه عندهم .

[في طلاق الحامل واليائسة والمستحاضة وعدتهن]

ويطلق الحامل [طلقة][1] واحدة متى شاء ، وتحل بالوضع لآخر ولدٍ في بطنها ، وله رجعتها ما لم تضع آخر ولد في بطنها ، ولا يطلقها ثلاثاً في مجلس واحد [أو مجالس][2] فإن فعل لزمه ، والتي لم تبلغ المحيض واليائسة منه يطلقهن واحدة متى شاء ، وعدتهن ثلاثة أشهر ، ويطلق المستحاضة متى شاء وعدتها سنة ، كان في ذلك يطؤها أم لا ، وله رجعتها ما لم تنقض السنة ، فإذا مضت[3] السنة حلت للأزواج ، إلا أن ترتاب فتقيم إلى زوال الريبة[4]، وإن كان لها قرء يعرف تحراه فطلقها عنده ، قال ربيعة وابن شهاب في التي يئست من المحيض : إن طلقت قبل الأهلة أو بعدها اعتدت من حين طلقت ثلاثة أشهر ثلاثين يوماً كل شهر[5].

---

(١) سقطت من ز و ك و هـ .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ك : فإذا انقضت .

(٤) الارتياب هو الشك في وجود الحمل ، واختلف في المذهب في المدة التي تزول فيها الريبة ، وهي أكثر مدة الحمل ، فقيل خمس سنين ، وقيل أربع ، وقيل سبع ، وقيل ست . قال عليش : واختار ابن القصار الأولى وجعلها القاضي المشهور . وإلى هذا الخلاف أشار خليل بقوله : « وتربصت إن ارتابت به ، وهل خمساً أو أربعاً ؟ خلاف » انظر : التقييد (٢/٣٢٩) ، منح الجليل (٤/٣٠٧) ، حاشية الدسوقي (٢/٤٧٤) .

(٥) المشهور في المذهب أن الأشهر في العدة تعتبر بالأهلة كاملة كانت أو ناقصة إن وقع الطلاق في أول ليلة من الشهر ، وإن وقع في أثنائه اعتبرت الثاني والثالث بالهلال . انظر : منح الجليل (٤/٣٠٠) .

[في الذي يقول لامرأته وهي حائض : أنت طالق للسنة ، أو إذا طهرت فأنت طالق]

ومن قال لامرأته وهي حائض : أنت طالق للسنة ، أو قال لها : إذا طهرت فأنت طالق . لزمته مكانه طلقة وجبر على الرجعة ، ولو قال ثلاثاً للسنة وقعن ساعتئذ ، كانت طاهراً أو حائضاً ، وبانت منه .

[في الذي يطلق امرأته وهي حائض أو نفساء قبل البناء أو بعده]

وله أن يطلقها قبل البناء واحدة متى شاء ، وإن كانت حائضاً أو نفساء ، وإن دخل بها ، فلا يطلقها وهي حائض[1] أو نفساء حتى تطهر ، فإن طلقها طلقة قبل أن تطهر لزمه ذلك وأجبر على الرجعة ، وإن لم يعلم بذلك حتى طهرت وحاضت [ثم طهرت وحاضت][2] الثانية [وطهرت][3]، فليجبر على الرجعة ما لم تنقض العدة فتحل ، وإذا أُجبر على الرجعة في دم حيض أو نفاس وشاء طلاقها أُمهل[4] حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء حينئذ طلق أو أمسك ، ويحسب عليها ما طلقها في دم الحيض والنفاس ، ولا يطلقها بعد طهرها من الدم الذي ارتجعها فيه بالقضاء ، فإن فعل لزمه ، ولا يجبر على الرجعة .

---

(١) في هـ : وهي حينئذ حائض .

(٢) سقطت من ز .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ز : أمهلها .

قال سليمان بن يسار[1] وغيره[2]: إذا طلقت النفساء لم تعتد بدم نفاسها واستقبلت ثلاثة قروء ، قال ابن القاسم : ولا تطلّق التي رأت القصة البيضاء حتى تغتسل بالماء ، فإن فعل لزمه ، ولا يجبر على الرجعة .

وإن كانت مسافرة لا تجد الماء فتيممت فلا بأس أن يطلقها بعد التيمم لجواز الصلاة لها .

[فيما يباح من العلاقة بين الزوج ومطلقته الرجعية في العدة]

ومن طلق زوجته طلاقاً يملك فيه الرجعة ، فلا يتلذذ منها بنظرة أو غيرها ، ولا يأكل معها ، ولا يرى شعرها ولا يخلو معها ، وإن كان يريد رجعتها حتى يراجعها ، وكان مالك يقول : لا بأس أن يدخل عليها ويأكل معها إن كان معها من يتحفظ بها ، ثم رجع فقال : لا يفعل ذلك حتى يراجعها[3]، وإن كان معها فلينتقل عنها[4].

---

(١) هو سليمان بن يسار ، أبو أيوب مولى ميمونة أم المؤمنين ، أحد الفقهاء السبعة بالمدينة ، قال فيه ابن سعد : ثقة عالم فقيه كثير الحديث . توفي سنة (١٠٧هـ) . انظر : طبقات ابن سعد (١٧٤/٥) ، سير أعلام النبلاء (٤٤٤/٤) .

(٢) يريد ابن شهاب والقاسم بن محمد وابن قسيط وأبو بكر بن عمر بن حزم ونافع مولى ابن عمر ، فكلهم قالوا بمثل قول سليمان بن يسار . انظر : المدونة (٤٢٢/٢ - ٤٢٣) .

(٣) قول مالك الأخير الذي رجع إليه هو القول المعتمد في المذهب ، وإليه أشار خليل في مختصره بقوله : « والرجعية كالزوجة إلا في تحريم الاستمتاع والدخول عليها والأكل معها »، قال عليش: هي كالزوجة التي لم تطلق في وجوب نفقتها وكسوتها والتوارث . قال الدسوقي : وكذا يحرم عليه الكلام معها ، وإنما شُدد عليه هذا التشديد لئلا يتذكر ما كان فيجامعها . انظر : منح الجليل (١٩٠/٤) ، حاشية الدسوقي (٣٢٢/٢) .

(٤) هذا إذا كان سكناه معها في خلوة ، وأما سكناه معها في دار جامعة له وللناس فهو جائز ولو كان أعزب . انظر : حاشية الدسوقي (٤٢٢/٢) ، منح الجليل (١٩٠/٤) .

[في طلاق الكتابية وعدتها]

[1] وطلاق المسلم لزوجته الكتابية كطلاق الحرة المسلمة وعدتها منه كعدة [الحرة][2] المسلمة .

وتجبر هي على العدة [منه][3] إذا بنى بها طلق أو مات .

وإن مات عنها ذمي بعد البناء فلا ينكحها مسلم إلا بعد ثلاث حيض استبراء .

وإن مات عنها الذمي أو طلقها قبل البناء فلا عدة عليها وينكحها المسلم إن أحب مكانه .

[في عدة الأمة وأم الولد ومن فيها بقية رق وطلاق العبد]

وعدة الأمة وأم الولد ومن فيها بقية رق في الطلاق إذا كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر ومثلها يوطأ وقد دخل بها ، ثلاثة أشهر ، وإن كانت ممن تحيض فحيضتان كان الزوج في ذلك حراً أو عبداً .

وطلاق العبد طلقتان كانت زوجته حرة أو أمة .

[في عدة التي لم تحض واليائسة والمستحاضة والمسترابة]

وإذا بلغت [المرأة][4] الحرة عشرين سنة أو ثلاثين فلم تحض ، فعدتها في الطلاق ثلاثة أشهر .

---

(١) في ك : قال مالك ـ رحمه الله تعالى ـ .

(٢) سقطت من ز .

(٣) سقطت من ز .

(٤) سقطت من هـ و ك .

ولو تقدم لها حيضة مرة لطالبت الحيض ، فإن لم يأتها اعتدت سنة من يوم الطلاق تسعة أشهر براءة تأخير الحيض وثلاثة أشهر عدة ، فإن حاضت بعدما مضى من السنة عشرة أشهر رجعت إلى الحيض ، فإن ارتفع ائتنفت سنة من يوم انقطع الدم عنها ، ثم إن عاودها الدم في السنة رجعت إلى الحيض ، هكذا تصنع حتى تتم ثلاث حيض أو سنة لا حيض فيها ، وكذلك التي لم تحض قط قبل الطلاق ، أو اليائسة ترى الدم بعدما أخذت في عدة الأشهر[1] فلترجع إلى عدة الحيض ، وتلغي الشهور ، وتصنع كما وصفنا ، هذا إن قلن النساء فيما رأته اليائسة : إنه حيض ، فإن قلن : ليس بحيض ، أو كانت في سن من لا تحيض من بنات السبعين أو الثمانين لم [يكن][2] ذلك حيضاً وتمادت بالأشهر ، والعدة [في الطلاق][3] بعد الريبة ، وفي الوفاة قبل الريبة ، فإذا أتمت المرأة أربعة أشهر وعشراً في الوفاة ثم استرابت نفسها انتظرت حتى تزول الريبة عنها ثم تحل .

وذكرنا في كتاب الاستبراء[4] تأخير حيضة الأمة في البيع .

وإذا اختلف الدم على المطلقة فرأته يومين أو ثلاثة ، ثم رأت الطهر مثل ذلك ثم رأت الدم كذلك ، فهي كالمستحاضة إذا تمادى ذلك بها عدتها سنة ، إلا أن يكون بين الدمين من الطهر ما لا يضاف بعضه إلى بعض فيكون الثاني حيضاً مؤتنفاً ، قال مالك : وليس الأربعة الأيام والخمسة وما قرب طهراً .

---

(١) في ق : في عدتها بالأشهر .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقطت من ك .

(٤) سيأتي كتاب الاستبراء في آخر هذا الجزء - إن شاء الله تعالى - .

[في تداخل العدد ، ومتى تحسب العدة]

[1] وإذا مات الزوج في عدة من طلاق بائن ، والطلاق في صحته أو في مرضه ، لم تنتقل إلى عدة الوفاة ، وتمادت على عدة الطلاق وورثته في طلاق المرض لا في طلاق الصحة .

فإن مات بعد العدة ، والطلاق بائن ، أو غير بائن ، فلا عدة عليها لوفاة ، وإن مات وهي في عدتها من طلاق غير بائن والطلاق في صحته أو في مرضه انتقلت إلى عدة الوفاة وورثته ، وقال ابن عباس[2] وغيره[3]: عليها أقصى الأجلين ، فإذا بلغها موت زوجها فعدتها من يوم مات ، وإن لم يبلغها ذلك حتى انقضت عدتها فلا حداد عليها وقد حلّت .

وكذلك إن طلقها وهو غائب فعدتها من يوم طلق إذا أقامت على الطلاق بينة ، وإن لم تكن على ذلك بينة إلا أنه لما قدم قال : [قد][4] كنت طلقتها ، فالعدة من يوم إقراره ، ولا رجعة له فيما دون الثلاث إذا تمت العدة من يوم إقراره[5]، وترثه في العدة المؤتنفة ولا يرثها ، وإن كان الطلاق بتاتاً لم يتوارثا بحال ، ولا يرجع عليها بما أنفقت من ماله بعد طلاقه قبل علمها ؛ لأنه فرّط .

---

(١) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

(٢) قول ابن عباس هذا رواه البخاري في قصة سبيعة من حديث أم سلمة برقم (٥٣١٨) كتاب الطلاق ، وعبد الرزاق في المصنف (٦/٤٧٠) برقم (١١٧١٢) .

(٣) يريد به هنا : سليمان بن يسار وابن شهاب ، فقد قالا بمثل قول ابن عباس . انظر : المدونة (٢/٤٢٩) .

(٤) سقطت من ز و ك .

(٥) في ك و هـ و ق : من يوم دعواه . والمثبت من ز ، وهو الموافق لما في المدونة .

[جامع القول في الإحداد]

[(١)] ولا إحداد على مطلقة ببتات [أو واحدة][(٢)]، وعلى كل معتدة في وفاة زوجها الإحداد ، وإن كانت صغيرة أو ذمية تحت مسلم ، وابن نافع لا يرى على الكتابية إحداداً[(٣)] .

[في إحداد الأمة]

وعلى الأمة الإحداد ، وتعتد حيث كانت [تبيت][(٤)]، وليس لسادتها منعها من ذلك ، ولهم أن يخرجوها نهاراً للبيع .

ولا يبيعونها إلا ممن لا يخرجها من الموضع الذي تعتد فيه حتى تتم العدة ، ولا يزينونها للبيع بما لا تلبسه الحاد .

[فيما تمتنع منه المعتدة في مدة الحداد]

ولا تلبس الحاد شيئاً من الصباغ ، قال عروة : إلا أن يصبغ بسواد .

ولا تلبس رقيق عُصب اليمن ، ووسع في غليظه .

وتلبس رقيق البياض كله وغليظه من الحرير والكتان والقطن .

---

(١) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

(٢) سقطت من ز .

(٣) والمعتمد في المذهب أن عليها إحداد على رواية ابن القاسم ، وإلى ذلك أشار خليل بقوله : « وتركت المتوفى عنها فقط ، وإن صغرت ولو كتابية . . . التزين . . » مختصر خليل (١٤٣) .

(٤) سقطت من ك .

ولا تلبس خزاً ولا ما صبغ من ثياب أو جباب حرير أو كتان أو قطن أو صوف ، وإن كان أخضر أو أدكن[1] ، إلا أن لا تجد غيره وتكـون بموضـع لا تجـد اسـتبداله[2] ، فيجوز لها لبسه . وإن وجدت بدلاً ببيع فليس لها لبسه .

ولا تلبـس حليـاً : لا قرطـاً ولا خاتمـاً ولا خلخـالاً ولا سـواراً[3] ولا خـرص[4] ذهب أو فضة ، ولا تمس طيباً ، قال ابن عمر : ولا تختضب .

قال ربيعة : ولا تحنط ميتـاً ، ولا تَدّهـن[5] بزنبـق أو بنفسـج أو خـبر[6] ، وتدهـن بالشيرج والزيت ، ولا تمشط بدهن مربب[7] حناء ولا كتم[8] ، ولا ما يختمر في رأسها [وتمشط في السدر وشبهه مما لا يختمر في رأسها ، ولا تكتحل إلا من ضرورة فلا بأس به ، وإن كان فيه طيب ، ودين الله يسر][9] .

وسبيل الأمة والصغيرة وأم الولد والمكاتبة والمدبرة ، سبيل الحرة المسلمة البالغـة في الإحداد ولزوم العدة من الأزواج .

---

(١) الأدكن : الأحمر المائل للسواد . انظر : منح الجليل (٤/٣١٥) .

(٢) في ك : استبدالاً به .

(٣) في ك و ز : ولا سواراً ولا خاتم حديد .

(٤) في ز : ولا خرس ذهب .

(٥) في ك : قال مالك : ولا تدهن .

(٦) خبر على وزن كتف ، هو السدر . انظر : المدونة (٢/٤٣٢) هامش (١) .

(٧) مربب : أي مخلوط . انظر هامش (٢) في المدونة (٢/٤٣٢) .

(٨) الكتم : صبغة تحمر الشعر . انظر هامش (٣) في المدونة (٢/٤٣٢) .

(٩) ما بين المعكوفتين حصل فيه تقديم وتأخير في ك .

[في عدة الأمة وأم الولد ، وموت زوجهما أو سيدهما ، وحكم ما تأتي به من ولد]

إلا أن عدة الأمة وأم الولد ، ومن فيها بقية رق في وفاة زوجها على النصف من عدة[1] الحرة .

وإذا مات عن الأمة زوجها أو طلقها طلاقاً بائناً أو غير بائن ، ثم عتقت وهي في أثناء[2] هذه العدة فلتبق على عدتها ولا انتقال إلى عدة الحرائر .

[3] وأم الولد إذا مات زوجها وسيدها ولم يعلم أولهما موتاً ، فلتعتد أربعة أشهر وعشراً مع حيضة ، قال سحنون : وهذا إذا كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال .

وإن كان بينهما أقل من شهرين وخمس ليال فعليها أربعة أشهر وعشرٌ فقط ، قال مالك : ولا ميراث لها من زوجها حتى يعلم أن السيد مات قبل زوجها ، وعدة أم الولد من وفاة سيدها أو عتقه إياها حيضة[4] ، وإن كانت ممن لا تحيض فثلاثة أشهر .

قال سليمان بن يسار : أو تكون حاملاً فحتى تضع ، قال مالك : ولو مات السيد وهي في أول [دم][5] حيضتها ، أو غاب عنها فحاضت بعده حِيَضاً كثيرة ،

---

(١) في ز : من أمد عدة الحرة .

(٢) في ك و ز : أحد . وفي ق : إحداد .

(٣) في ك : قال ابن القاسم .

(٤) في هـ : حيضة واحدة .

(٥) سقطت من ك .

ثم مات في غيبته ، فلا بد من ائتناف حيضة بعد موته ؛ لأنها لها عدة بخلاف استبراء الملك .

ولقوة الاختلاف فيها[(١)] قد قال بعض العلماء : عليها أربعة أشهر وعشر ، وقال بعضهم : [عليها][(٢)] ثلاث حيض[(٣)]، قال مالك : ولا حداد عليها في عدتها من وفاة سيدها ، ولا أحب[(٤)] لها المواعدة فيها ، ولا تبيت إلا في بيتها ، وإن زوجها سيدها ثم مات عنها لم يكن على زوجها استبراء[(٥)] .

وليس للرجل أن يزوج أم ولده أو أمة قد وطئها إلا بعد الاستبراء ، ولا يجوز نكاح إلا حيث يجوز الوطء ، إلا في دم الحيض وما أشبهه من غير معتدة ، أو في دم

---

(١) هذا اللفظ لم يرد هكذا في المدونة ، وإنما ورد فيها : « لأن أم الولد قد اختلفوا فيها » ، وقد ورد هذا السياق في المدونة كتعليل للتفريق في المذهب بين الأمة أم الولد التي تعتد بحيضة واحدة ، وبين الأمة التي ليست أم ولد والتي هي الأخرى تستبرأ بحيضة واحدة ، فقد فرق مالك بينهما فجعل أم الولد لا يعتبر لها إلا حيضة كاملة بعد موت السيد ولا تجزؤها الحيضة التي مات في أولها ، بينما الأمة المستبرأة إذا اشتراها سيدها في أول حيضة أجزأتها تلك الحيضة ، وقد علل مالك الفرق بينهما بوجهين : أولهما : أن الحيضة في غير أم الولد استبراء ، والحيضة في أم الولد عدة ، ويشترط في العدة ما لا يشترط في الاستبراء . وثانيهما : أن استبراء الأمة بحيضة واحدة ليس محل خلاف بين العلماء . أما عدة أم الولد بعد موت سيدها فهي محل خلاف ، فبعض العلماء قال : ثلاثة أشهر وعشر ، وبعضهم قال : ثلاث حيض ، ومن منهج مالك مراعاة الخلاف ، فكيف يقول باعتدادها هنا ببعض حيضة ؟ . انظر : المدونة (٢/٤٣٧) .

(٢) سقطت من ك و ز و هـ .

(٣) انظر : المدونة (٢/٤٣٦) .

(٤) لا أحب هنا بمعنى الحرمة ، كما سيأتي في مسألة المواعدة في العدة ، وسنفصل فيها هناك .

(٥) في ز : ولم يكن عليها استبراء لزوجها .

النفاس فإن النكاح يجوز في ذلك ، ولا توطأ حتى تطهر ، ولو اعتدت أم الولد من وفاة زوجها وحلت ، فلم يطأها السيد حتى مات ، أو كان غائباً ببلد يعلم أنه لم يقدم منذ وفاة الزوج فعليها حيضة ، ألا ترى أنها لو تمت عدتها من الزوج[1] ثم أتت بولد لها يشبه أن يكون من سيدها ، فزعمت أنه من السيد ، ألحق به في حياته وبعد موته ، إلا أن يقول السيد قبل موته لم أمسها بعد موت زوجها فلا يلحق به ، وكل ولد جاءت به أم ولد أو أمة لرجل أقر بوطئها لمثل ما يلد له النساء ، فهو بالسيد لاحق وتكون به الأمة أم ولد ، أتت به في حياة السيد أو بعد وفاته ، أو بعد أن أعتقها ، إلا أن يدّعي السيد في حياته الاستبراء فينتفي منه بغير لعان ؛ لأن ملك اليمين لا لعان فيه .

[في المواعدة في العدة وحكم النكاح بعدها]

وكره مالك المواعدة[2] للمرأة أو لوليها في عدة طلاق أو وفاة ، كانت حرة أو أمة .

---

(١) في ق : من وفاة الزوج .

(٢) المواعدة هي التي تكون من الطرفين . والمعتمد في المذهب أنها محرمة ، وأما العِدَةُ فهي التي تكون من طرف واحد ، وهي مكروهة ، فإن تزوجها بعد العدة مضى النكاح ولم يفسخ ولا يقع به تحريم بالاتفاق ، وأما المواعدة فهي التي ورد النهي عنها في الآية ، فإذا تزوجها بعدها ففي المذهب روايتان : إحداهما رواية ابن وهب عن مالك أنه يستحب الفسخ ولا يجب ، وثانيتهما رواية أشهب عن مالك في المدونة أنه يجب الفسخ مطلقاً دخل بها أو لم يدخل ، وبه قال ابن القاسم وابن عبد الحكم . النوادر والزيادات (٥٧٣/٤)، المدونة (٤٣٩/٢)، تفسير القرطبي (١٩١/٣ - ١٩٢) .

قال بعض التابعين[1] : ولا بأس بالتعريض مثل أن يقول لها : إنـي بـك لمعجب ، ولك لمحب ، أو فيك لراغب ، وإن يقدّر أمر يكن ، ونحو ذلك .

وجائز أن يهدي لها ، قال عطاء : وأكره مواعدة الولي ، وإن كانت المرأة مالكة أمرها ، ومن جهل[2] فواعد امرأة في العدة وسمى الصداق ونكح بعد العدة ، فاستحب له مالك الفراق بطلقة[3] ، دخل بها أم لا ، ويخطبها إن شاء بعد عدتها منه إن كان دخل بها ، وروى عنه أشهب أنه يفرّق بينهما دخل بها أم لا[4] .

[في الذي يتزوج في العدة ويدخل بها]

ومن طلقت بخلع[5] فتزوجت في العدة ودخل بها الثاني ، قال مالك : يفرق بينهما وتأتنف ثلاث حيض من يوم فسخ نكاح الثاني ، فتجزيها عن الزوجين ، وإن كانت عدتها بالشهور أجزأها منهما ثلاثة أشهر مستقبلة .

وإن كان قد جاء عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنها تتم عدة الأول ، وتأتنف عدة الثاني[6] .

وأما الحامل فالوضع يبرئها من الزوجين جميعاً ، ولا يتزوجها الأول في عدة الآخر

---

(١) ممن قال ذلك منهم : ابن شهاب وابن قسيط وعطاء ومجاهد . انظر : المدونة (٤٣٩/٢) .

(٢) سقطت من ز و ق ، والمثبت من باقي النسخ ، وهو الموافق لما في المدونة .

(٣) في ك : فأحب إلي أن يفارقها بطلقة . وهذه رواية ابن وهب المتقدمة الذكر .

(٤) هذه رواية أشهب ، وقد قدمنا أن بها قال ابن القاسم .

(٥) في ك : ومن طلقت عليه بخلع .

(٦) رواه عنه مالك في الموطأ في كتاب النكاح ، باب ما لا يجوز من النكاح (٥٣٦/٢) ، وعبد الرزاق في المصنف (٢١٠/٦) برقم (١٠٥٣٩) .

إن كانت قد انقضت عدتها من الأول ، ومن نكح[1] في عدة طلاق غير بائن ، فسخ ذلك بنى بها أم لم يبن[2].

قال غيره : هو ناكح في عدة[3].

قال ابن القاسم : وللأول الرجعة قبل فسخ نكاح الثاني وبعده ، فإن ارتجعها فلا يقربها إن بنى بها الثاني إلا بعد ثلاث حيض .

فإن نكحها في عدة وفاة ودخل بها ففرق بينهما فلتعتد أربعة أشهر وعشرا من يوم توفي زوجها مع ثلاث حيض تطالب أقصى الأجلين ، وإن كانت مرتابة أو مستحاضة فعليها من يوم الوفاة أربعة أشهر وعشر ، أو سنة من يوم فسخ [النكاح][4]، [قال غير ابن القاسم :][5] قال مالك وعبد العزيز : ومن نكح في العدة وبنى بعدها فسخ نكاحه وكان كالمصيب فيها . وقال المغيرة وغيره : لا يُحَرِّمُ عليه نكاحها إلا الوطء في

---

(١) في ك : قال مالك : ومن نكح .

(٢) في ك و ز : بنى بها أم لا .

(٣) أي حكمه حكم الناكح في العدة من تأبيد التحريم عليه ، وهذا قول ابن عبد السلام ، وهو خلاف قول ابن القاسم بأن الناكح امرأة غيره في عدة رجعية يفسخ طلاقه أبداً ، ولكن لا يتأبد تحريمها عليه ؛ لأن وطأه لها بمثابة زنا بزوجة الغير فلا يحرمها على زوجها كما لا يحرمها على الزاني ؛ لأن الحرام لا يحرم الحلال ، ولكن لا يطؤها الزوج حتى يستبرئها . والمعتمد في المذهب هو قول ابن القاسم ، وإن كان خليل مشى في مختصره على قول ابن عبد السلام حين أطلق فقال : « وتأبد تحريمها . . . إلخ » . انظر : منح الجليل (٣/٢٦٢) ، حاشية الدسوقي (٢/٢١٨) ، التقييد (٢/٣٤٣) .

(٤) سقطت من ك ، وفي ز : ومن يوم نكح الثاني .

(٥) سقطت من ك ، وفي هـ : قال ابن القاسم : قال مالك وعبد العزيز .

العدة ، وقال ابن القاسم : قال مالك[1]: يفسخ هذا [النكاح][2] وما هو بالحرام البين[3] .

[في المنعي لها زوجها تتزوج ثم يقدم زوجها]

والمنعي لها زوجها إذا اعتدت[4] وتزوجت ثم قدم زوجها الأول ردت إليه ، وإن

---

(١) في ك : عن مالك .

(٢) سقطت من ك .

(٣) هذه رواية أخرى عن مالك توافق قول المغيرة ومن معه ، وقوله : « وما هو بالحرام البين » أي : الذي يتأبد به التحريم ؛ لأنه لم يدخل في العدة ، والمعتمد في المذهب هو رواية سحنون عن مالك وعبد العزيز بن الماجشون ، من أن الذي نكح في العدة وبنى بعدها ، فسخ نكاحه وكان كالمصيب في العدة في تأبيد تحريمها عليه . وإلى هذا أشار خليل في مختصره بقوله : « وتأبد تحريمها بوطء وإن بشبهة ولو بعدها » أي ولو بعد العدة .

قلت : وإنما قال المالكية بأن من نكح امرأة ودخل بها وهي في عدتها حرمت عليه حرمة مؤبدة ، لما أخرجه مالك في الموطأ أن طليحة الأسدية كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ، فنكحت في عدتها فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بالمخفقة ضربات وفرق بينهما ، ثم قال : أيما امرأة نكحت في عدتها ، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها ، فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب ، وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم اعتدت من الآخر ، ثم لا يجتمعان أبداً ، وقد تقدم تخريج هذا الأثر ؛ ولأن : « من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه » كما تقتضي القاعدة ، ولذلك حُرم قاتل العمد من الميراث ؛ ولأنه أدخل شبهة في النسب فتأبد عليه التحريم كالملاعن . انظر : منح الجليل (٣/٢٦٢) ، حاشية الدسوقي (٢/٢١٨) ، المعونة (٢/٧٩٣)، الشرح الصغير (٢/٣٤٤)، الكافي (٢/٥٣٠)، جواهر الإكليل (١/٢٧٦) .

(٤) في ك : وإذا غاب عن المرأة زوجها سنين ثم نعي لها فاعتدت .

ولدت أولاداً من الثاني ؛ إذ لا حجة لها باجتهاد إمام أو [بيقين][1] طلاق ، ولا يقربها القادم إلا بعد العدة من ذلك الماء بثلاث حيض أو ثلاثة أشهر أو وضع حمل إن كانت [حاملاً][2] ، فإن مات القادم قبل وضعها اعتدت منه عدة الوفاة ولا تحل بالوضع دون تمامها ولا بتمامها دون الوضع .

[في نكاح أم الولد أو الأمة في العدة]

قال غيره[3]: ومن نكح أم ولد قد أعتقها سيدها أو مات عنها ، أو أمة أعتقها ربها وقد وطئها فدخل بها الزوج قبل أن تمضي الحيضة فذلك يحرم كالوطء في العدة .

وروي ذلك عن مالك في أم الولد يموت سيدها فيتزوجها رجل قبل حيضة أنه متزوج في عدة .

وروي عنه أيضاً أنه ليس كالناكح في العدة[4].

وإذا وطئ السيد أمته في عدة من زوج حر أو عبد حرمت عليه .

وكل وطء بملك أو بشبهة نكاح في عدة نكاح يُحرِّم . ألا ترى أن من طلق امرأته البتة ثم ابتاعها لم يحل له وطؤها بالملك حتى تنكح زوجاً غيره .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) سقطت من ز .

(٣) يريد بغيره هنا : عبد الملك ابن الماجشون وأصبغ . انظر : النوادر والزيادات (٤/٥٧٤) .

(٤) الرواية الأولى عن مالك هي المعتمدة في المذهب : وهي أن ناكح أم الولد في مدة استبرائها يتأبد تحريمها عليه كالحرة ، وهو كما قدمنا قول ابن حبيب وأصبغ خلافاً لابن القاسم وأشهب ، وإلى القول المعتمد هنا أشار خليل بقوله : « وتأبد بوطء وإن بشبهة ولو بعدها وبمقدمته فيها أو بملك يمين كعكسه » انظر : النوادر والزيادات (٤/٥٧٤) ، منح الجليل (٣/٢٦٢) ، حاشية الدسوقي (٢/٢١٩) .

قال ابن وهب عن مالك : ومن وطئ أمة بنكاح في عدة [نكاح][1] [ثم ابتاعها][2]، لم تحل له أبداً .

[في إلحاق الولد ، وحكم المسترابة]

[3] وكل معتدة من وفاة أو طلاق بائن أو غير بائن تأتي بولد وقد أقرت بانقضاء عدتها أو لم تقر ، فإنه يلحق بالزوج ما بينها وبين خمس سنين فأدنى[4]، إلا أن ينفيه الحيّ بلعان ويدعي أنه استبرأ قبل طلاقه ، ولا يضرها ما أقرت به من انقضاء العدة ؛ لأنها تقول : حضت وأنا حامل ولا علم لي بالحمل ، وقد تهراق المرأة الدم[5] على الحمل ، وكذلك إن طلقت فارتابت بتأخير حيض فاعتدت سنة فإنها تحل ، إلا أن تستراب بعد ذلك ، فتنتظر حتى تذهب ريبتها فإن تمادت بها الريبة جلست ما بينها وبين خمس سنين فما وضعت بعد ذلك لم يلحق بالزوج .

وإن أتت به بعد ذلك بشهرين أو ثلاثة ، وتحد المرأة ، وإن مضى لهذه المطلقة خمس سنين إلا خمسة أشهر ولم تقر إلا بانقضاء العدة ثم تزوجت ، فإن قالت : إنما تزوجت بعد العدة وزوال الريبة صُدّقت ، ولا تُنْكَح مسترابة البطن إلا بعد زوال البطن أو بعد خمس سنين ، فإن نكحت قبل الخمس سنين بأربعة أشهر فأتت بولد لخمسة

---

(١) سقطت من ز .

(٢) سقطت من ق .

(٣) في ك : قال ابن القاسم .

(٤) في ز وردت زيادة هذا نصها : قال ابن القاسم : وهو رأي في الخمس سنين ، وقال مالك : إذا أتت به لما يشبه أن يلد له النساء فإنه يلحق به الولد .

(٥) في ك : تهراق الدم المرأة . وفي ز : تهراق الدم على الحمل .

أشهر من يوم نكحت ، لم يلحق بأحد من الزوجين وحُدّت وفسخ نكاح الثاني ؛ لأنه نكح حاملاً[1] .

[في إلحاق الولد بالصبي والخصي]

وإذا كان الصبي لا يولد لمثله وهو يقوى على الجماع ، فظهر بامرأته حمل لم يلحق به ، وتحد المرأة ، فإن مات هذا الصبي لم تنقض عدتها من الوفاة بوضع حملها ، وعليها أربعة أشهر وعشر من يوم مات ، وإنما الحمل الذي تنقضي به العدة ، الحمل الذي يثبت[2] نسبه من أبيه خلا الملاعنة[3] خاصة ، فإنها تحل بالوضع وإن لم نلحقه بالزوج .

وإن مات زوجها وهي في العدة لم تنتقل إلى عدة الوفاة .

وإذا دخل الصبي بزوجته وهو يقوى على الجماع ولا يولد لمثله ، ثم صالح عنه أبوه أو وصيه ، فلا عدة على امرأته ولا صداق لها ولا غسل عليها من وطئه ، إلا أن تلتذ ، يعني : تنزل .

والخصي لا يلزمه ولد إن أتت به امرأته ، إلا أن يعلم أنه يولد لمثله .

[في المرأة تتزوج في عدتها ثم تأتي بولد ، وفي الأمة يطؤها السيدان في طهر]

[4] ومن نكح امرأة ودخل في العدة بها قبل حيضة[5] ، ثم ظهر بها حمل فهو

---

(١) في ق : نكاح حامل .

(٢) في ك : يثبت به نسبه .

(٣) في ق : ما خلا الملاعنة . والمثبت من باقي النسخ .

(٤) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

(٥) في ق : وإن نكحت امرأة ودخلت في العدة قبل حيضة . وفي ك : وإذا نكح رجل امرأة ودخل في عدة من آخر قبل حيضة . وفي هـ : وإن نكحت امرأة في عدة ودخلت قبل حيضة .

للأول ، وتحرم على الثاني ، ولو نكحت بعد حيضة فهو للثاني إن وضعته لستة أشهر من يوم دخل بها ، فإن وضعته لأقل فهو للأول ، هذا حكم النكاح[1] ، وإنما القافة في الأمة يطؤها السيدان في طهر ، وكذلك من نكح في عدة وفاة بعد حيضة أو قبل في لحوق الولد ، وعدتها منهما[2] وضع الحمل ، ألحقت الولد بالأول أو بالثاني وهو فيها أقصى الأجلين .

[في الذمية تسلم تحت الذمي ثم يموت وهي في عدتها]

وإذا أسلمت ذمية تحت ذمي ثم مات وهي في عدتها ، لم تنتقل إلى عدة الوفاة ، وتمادت على عدتها ثلاث حيض .

وقال غيره[3]: وناكحها في عدة منه ناكح في عدة ، [قال مالك :][4] ولا شيء لها من المهر إن لم يكن دخل بها ، مات أو لم يمت[5].

---

(١) يريد أنه بخلاف ملك اليمين الذي تدعى له القافة .

(٢) في ق : منه .

(٣) القائل هنا هو عبد الملك بن حبيب وابن الماجشون . قلت : قوله هنا : قال غيره ، يفيد أن هذا خلاف قول ابن القاسم ، أعني أن ابن القاسم هنا لا يرى أن الناكح في عدة من ذمي كالناكح في العدة في تأبيد التحريم ، ولم أقف على تصريح بتشهير أحد القولين على الآخر إلا أن إطلاق خليل في مختصره في قوله : « وتأبد تحريمها بوطء » أي المعتدة ، ولم يفرق بين التي أسلمت تحت ذمي أو غيرها ، وكذلك شراحه لم يفرقوا ، فإطلاقه هذا يدل على أن المعتمد عدم الفرق بين المعتدة من ذمي أو مسلم ، كما قال ابن حبيب وابن الماجشون ، ويدل لهذا تعليل هذا القول في المدونة ، حيث علل له بقوله : « ألا ترى أنه لو أسلم (أي الذمي) وهي في العدة كانت زوجة له ، وإذا لم يسلم حتى تنقضي عدتها بانت منه ولم يكن له إليها سبيل ، مثل الذي يطلق وله الرجعة فتتزوج امرأته قبل أن يرتجع فهو متزوج في عدة ». انظر : النوادر والزيادات (٤/٥٧٦)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢١٨)، منح الجليل (٣/٢٦٢)، المدونة (٢/٤٤٧) .

(٤) سقطت من ك .

(٥) المدونة (٢/٤٤٦ - ٤٤٧) .

[في عدة النكاح الفاسد والمنعي لها ، وتصادق الزوجين بعد الخلـوة علـى نفـي المسيس]

وما فسخ من نكاح فاسد أو ذات محرم أو الـمُنْـعَى لهـا تنكـح أو أمـة بغـير إذن السيـد ، فالعـدة فـي ذلـك كلـه كعـدة النكاح الصحيح ، ويعتددن فـي بيوتهن .

وإذا تصادق الزوجان بعد الخلوة في النكـاح الفاسـد علـى نفـي المسيس لم تسـقط بذلك العدة ؛ لأنه لو كان ولد لثبت نسبه إلا أن ينفيه بلعان ولا يكون لهـا صـداق ولا نصفه ؛ لأنها لم تطلبه ، وتعاض مـن تلذذه بها إن كـان تلـذذ منها بشيء ، وقد قيل : [إنها][1] لا تعـاض[2] .

[حكم زوجة المفقود وزواجها من بعده]

[3] ولا يضـرب السـلطان لامـرأة المفقـود[4] أجـل أربـع سـنين إلا مـن يـوم

---

(١) سقطت من ق .

(٢) في المدونـة : قـال سـحنون : وقـد قيـل إنهـا لا تعـاض . فيحتمـل أن يكـون قـولاً لمـالك . والمعتمـد في المذهـب أنهـا تعـاض وجوباً بشـيء ، ويجتـهد في قـدره الإمـام والنـاس ، وإلى هـذا أشـار خليـل بقولـه : « وتعـاض المتلـذذ بهـا » . انظـر : منـح الجليـل (٣/٨) ، حاشيـة الدسوقي (٢/٢٤١) .

(٣) في ك : قال مالك .

(٤) المفقود في المذهب على خمسة أقسام : الأول : مفقود في بلاد الإسلام ، وحكمـه مـا ذكـره هنـا ، وذلك بعد الكشف عنه والقنوط من معرفة موضعه .

الثانـي : المفقود في أرض الشرك ، وحكم زوجته أنها تبقى إلى انقضاء مدة التعمير وهي سبعون سنة من يوم ولادته على الراجح ، واختار الشيخان القابسي وابن أبـي زيد ثمـانين ، وقيـل : خمـس وسبعون .

الثالث : المفقود في زمن المجاعة أو الوباء ، وحكم زوجته أنها تعتد بعد ذهـاب ذلـك المرض .=

ترفع[1] إليه ، وإن لم تقم إلا بعد سنين ، ولا تعتد أربع سنين بغير أمره ، وإنما يضرب هذا بعد الكشف عنه ، فإن علم إلى أي جهة خرج كتب إليها في الكشف عنه ، فإذا يئس من علم خبره ضرب من يومئذ للحر أربع سنين وللعبد حولين[2] ، ثم تعتد هي بعد ذلك دون أمر الإمام كعدة الوفاة ، كان قد بنى بها أم لا ، وعليها الإحداد .

فإن قدم أو صحت حياته قبل أن تنكح ، منعت من النكاح وكانت له زوجة بحالها .

وكذلك لو تزوجت ولم يدخل لفسخ نكاح الثاني وردت إلى الأول .

وكذلك التي يبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة ، فإن لم تعلم هي أو لم يقدم هو حتى دخل بها الثاني ، فالثاني أحق بها ، وأول قول مالك فيهما : إنّ عقد نكاح الثاني دون البناء يفيتها عن الأول ، وأخذ به المغيرة وغيره .

وأخذ ابن القاسم وأشهب فيهما بقول مالك الآخر : أن الأول أحق بها

= الرابع : المفقود في قتال بين المسلمين والكفار ، وحكم زوجته أنها تعتد سنة كاملة بعد الفحص عن حاله .

الخامس : المفقود في قتال بين المسلمين أنفسهم ، وحكم زوجته أنها تبدأ العدة من يوم انتهاء القتال بعد الفحص عنه إذا شهدت البينة أنه حضر صف القتال ، وإلا فكالمفقود في بلاد الإسلام .

انظر : منح الجليل (٣١٧/٤ ومابعدها)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٧٩/٢)، الشرح الصغير (٦٩٣/٢) ، الفواكه الدواني (٤٣/٢) .

(١) في ز : ترفعه .

(٢) في هـ وردت زيادة وهي : كانت الزوجة حرة أو أمة .

ما لم يدخل بها الثاني[1] ، وإذا رجعت إلى الأول قبل بناء الثاني كانت عنده على الطلاق كله ، وإنما يقع عليها طلقة[2] بدخول الثاني ، فأما قبل ذلك فلا .

وإذا علم أن المفقود مات بعد[3] نكاح الثاني وقبل دخوله ، فموته هاهنا كقدومه حينئذ ، ويفسخ نكاح الثاني وترث الأول ، وتعتد لوفاته من يوم صحة[4] موته ؛ لأن عصمة الأول لم تسقط ، وإنما تسقط بدخول الآخر بها .

ولو مات الثاني قبل البناء فورثته ، ثم علم أن الأول مات بعد أن نكحت قبل موت الثاني أو بعده ، أو علم أن الأول حي ردت ميراثها من الثاني ، ورجعت إلى حكم عصمة الأول في حياته وموته .

وإن علم أنه مات بعد بناء الثاني فهو كمجيئه حينئذ[5] فتثبت عصمة الثاني ولا ترث الأول ، ولو مات الأول بعد الأجل والعدة ، ثم نكحت في وقت تكون فيه في عدة من الأول في صحة موته فسخ نكاح الثاني .

---

(١) وما أخذ به ابن القاسم وأشهب هو القول المعتمد في المذهب ، وهو قول مالك الأخير الذي استقر عليه ، وإليه أشار خليل بقوله : « وقُدّر طلاق يتحقق بدخول الثاني » ، قال عليش : أي بدخول الثاني بزوجة المفقود ، فإن جاء المفقود قبل دخول الثاني ردت إليه ، وبعد دخوله بانت من المفقود . منح الجليل (٣١٨/٤) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤٨٠/٢) .

(٢) في ك : طلاقه .

(٣) في ك و ز : قبل .

(٤) في هـ : من يوم ثبوت .

(٥) في ك : يومئذ .

فإن لم يكن دخل بها كان[1] خاطباً إن أحب بعد انقضاء عدة الأول[2].

وإن كان قد بنى بها في عدة الأول لم تحل له أبداً وترث الأول في الوجهين ، وإن صح أنها نكحت بعد تمام عدة الأول من يوم موته ورثته وثبتت مع الثاني .

واسلك بالتي تعلم بالطلاق ولا تعلم بالرجعة حتى تعتد وتنكح ، هذا المسلك ، في فسخ النكاح والموت والميراث وجميع أحكامها .

[في نفقة زوجة المفقود وولده]

[3] وينفق على امرأة المفقود في التأجيل من ماله ولا نفقة لها في العدة ، ولولده النفقة ما كانوا صغاراً إن لم يكن لهم مال .

ولا يؤخذ حميل بهذه النفقات ، وما أنفق عليهم بعد موته ولم يعلم توبع بذلك الزوجة والولد[4].

[في ميراث المفقود وتوريثه]

ولا يقسم ورثة المفقود ماله حتى يأتي عليه من[5] الزمان ما لا يحيا إلى مثله ، فيقسم بين ورثته يومئذ لا يوم فقد أويصح وقت[6] موته فيرثه ورثته يوم

---

(١) في ك : صار .

(٢) في ز : عدة الأول في الوجهين .

(٣) في ك : قال مالك .

(٤) في ز زيادة بعد هذه الجملة ، وهي : وردوا ذلك .

(٥) في ك : حتى يأتي من طول الزمان .

(٦) في ك : يوم .

صحة[1] موته ، وإن مات له ولد وقف ميراثه منه ، فإن أتى أخذه وإن مُوِّت بالتعمير رُدّ ذلك إلى ورثة الابن يوم مات الابن ، ولا أُورّث الأب[2] بالشك .

وكذلك لا يتوارث بالشك[3] من لا يعلم أولهما موتاً بغرق أو هدم . ويرث كل واحد ورثته .

وإن فقد عبد فأعتقه سيده وله ولد أحرار لم يجز ، ولا يتم حتى يعلم أن العتق أصابه حياً .

ولا يوقف للعبد ميراث من مات من ولده الأحرار ، وهو[4] بخلاف الحر في هذا ؛ لأنه على أصل منع الموارثة بالرق حتى يصح عتقه .

وأحسن ذلك أن يدفع إلى ورثة الابن بحميل يعطونه ، وينظر الإمام في مال المفقود ويجمعه ويوقفه ، كان بيد وارث أو غيره ، ويوكل به[5] من يرضاه ، وإن كان في ورثته من يراه لذلك أهلاً أقامه له ، وينظر في ودائعه وقراضه ، ويقبض ديونه ، ولا يبرأ من دفع من غرمائه إلى ورثته ؛ لأن ورثته لم يرثوه بعد .

[في التزامات المفقود واستحقاقته وحكمها بعد فقده]

وما أسكن أو أعار أو أجر إلى أجل أرجئ إليه ، وإن قارض إلى أجل فسخ وأخذ المال .

---

(١) في ز : صحّ .

(٢) في ز : الابن .

(٣) في هـ وردت العبارة كالآتي : ولا أورث الأب بالشك ولا من لا يعلم أولهما .

(٤) في ز و ك : وهم .

(٥) في ق : له .

وما لحقه من دين أو اعتراف أو عهدة ثمن أو عيب[1] قضي به عليه ، ولا يقام له وكيل ، وتباع عروضه في ذلك .

وإن أقام رجل البينة أنه أوصى له بشيء أو أسند إليه الوصية سمعت بينته ، فإذا قضي بموته بحقيقة أو تعمير ، جعلت الوصي وصيه وأعطيت الموصى له وصيته إن كان حياً وحملها الثلث ، ولا أعيد البينة .

وكذلك إن أقامت امرأة بينة أنه زوجها قضيت له كقضيتي على الغائب .

[في حكم زوجة الأسير وماله]

وأما الأسير فلا تؤجل امرأته بخلاف المفقود ، علمنا موضع الأسير أم لا ؛ لأنه معلوم أنه قد أسر ، ولا يصل الإمام من كشف حاله إلى ما يفعله في المفقود ، ولا تنكح امرأته إلا أن يصح موته أو تنصره إما طائعاً ، أو لا يعلم أطائعاً أم مكرهاً ؟ فيفرق بينهما ، ويوقف ماله ، فإن مات مرتداً كان للمسلمين ، وإن أسلم كان له ، وإن تنصر مكرهاً كانت في عصمته وينفق عليها من ماله .

[فيمن نكح امرأة في عدة غيره وتلذذ بها من غير جماع]

ومن نكح امرأة في عدتها فلم يطأ ، إلا أنه قبل أو باشر أو جسّ ، حرمت عليه للأبد وعلى آبائه وأبنائه .

[في عدة امرأة الخصي والمجبوب ، والصغيرة التي لا يوطأ مثلها]

وتعتد امرأة الخصي في الطلاق ، قال أشهب : لأنه يصيب ببقية[2] ذكره ويتحاصنان بذلك ، وإن كان المجبوب لا يمس امرأته فلا عدة عليها من طلاق .

وليس على التي لا يوطأ مثلها لصغر عدة الطلاق .

---

(١) في ك : أو رد بعيب .

(٢) في ز : ببعض .

[في عدة المتوفى زوجها من نكاح صحيح أو فاسد وما يجب لـها]

وعلى كل معتدة لوفاة زوج تربص أربعة أشهر وعشرٍ إن كانت حرة مسلمة أو كتابية ، بنى بها أو لم يبن ، صغيرة كانت أو كبيرة ، والزوج صغير أو كبير ، حر أو عبد ، مجبوب أو سليم .

وإذا علم[1] بعد وفاة الزوج بفساد نكاحه وأنه مما لا يُقَرّان عليه فلا عدة عليها ولا إحداد ، وعليها ثلاث حيض استبراء إن كان قد بنى بها ، ويلحقه ولدها ولا ترثه ولها الصداق المسمى كله مقدمه ومؤخره .

[في مقام المعتدة في بيتها وانتقالها إلى غيره]

[2] وتعتد المرأة في الطلاق والوفاة في بيتها ولا تنتقل منه إلا لضرر لا قرار معه ، من خوف سقوطه ، أو خوف لصوص بقرية لا مسلمون[3] فيها ونحوه ، فإن كان في مدينة فلا تنتقل لضرر جوار ولترفع ذلك إلى الإمام .

وإذا انتقلت لعذر إلى منزل ثان أو ثالث لزمها المقام حيث انتقلت ، والكراء في ذلك على الزوج .

وإذا انتقلت لغير عذر ردها الإمام بالقضاء إلى بيتها حتى تتم عدتها فيه ، ولا كراء لها فيما أقامت في غيره ، ولرب الدار إخراجها منها في عدتها إذا انقضى أجل الكراء .

وإذا انهدم المسكن فدعت المرأة إلى سكنى موضع ودعا الزوج إلى غيره ، فذلك

---

(١) في ز : علمت .

(٢) في ك : قال مالك .

(٣) في ز و هـ : لا مسلمين .

لها إلا أن تدعوه إلى ما يضر بـه لكثرة كـراء [أو سـكنى][1] فتمنـع ، ولـو أسـقطت الكـراء لسـكنت حيـث شـاءت ، وامـرأة الأمـير المعتـدة لا يخرجـها الأمـير القـادم مـن موضعها حتى تنقضي العدة[2]، وكذلك من حبست عليه دار وعلى آخر بعده ، فهلك الأول وترك زوجته ، فلا يخرجها من صارت إليه الدار حتى تتم العدة .

[ومن][3] بنى بزوجته الصغـيرة ومثلـها يجـامع ثم طلقـها أو مـات عنـها ، فليس لأبويها أن ينقلاها إليهما في العدة ، ولتعتد حيث كـانت يـوم مـات الـزوج أو طلـق ، ولو خرج أبواها إلى الحج أو لسكنى بلد آخر فلا يخرجاها حتى تتم العدة .

وتنتوي[4] البدوية مع أهلها حيث انتووا ، لا حيـث انتـوى أهـل الـزوج ، وتقيـم هناك بقية العدة ولا تنتوي من قرار .

وإن تبدى زوجها فمات رجعت للعدة في بيتها .

وتعتد الأمة في الموت والطلاق[5] حيث كانت تبيت ، فإذا انتجع سـيدها إلى بلـد آخر كان له أن يخرجها كالبدوية .

وتجبر الذمية في العدة من مسلم على العدة في بيتها ولا تنتقـل منـه ، ولا تنكـح[6] حتى تنقضي عدتها ، وهي في كل شيء من أمرها في العدة والإحداد مثل الحرة المسلمة تجبر على ذلك .

---

(١) سقطت من هـ و ق .

(٢) في ز و هـ : عدتها .

(٣) سقطت من ز .

(٤) تنتوي : ترتحل . المصباح (٦٣٢) .

(٥) في ز : وتعتد الأمة في بيتها والطلاق .

(٦) في ك : أو تنكح .

ولا تبيت معتدة من وفاة أو طلاق بائن أو غير بـائن إلا في بيتـها ، ولها التصـرف نهارها[1] والخروج سحراً قرب الفجر ، وترجع ما بينها وبين العشاء الآخرة ، والمطلقة واحدة أو اثنتين لا إذن لزوجها في خروجها عن بيتها ، ولا يسافر بها حتى يراجعـها ، ولا تحج[2] هي في عدتها من وفاة أو طلاق ، حجة الفريضة حتى تتم العدة .

وتبيت المعتدة في دارها حيث كانت تبيت قبل ذلك في مشتاها ومصيفها ، [ولـو كان في الدار بيـوت في إحداهـا متاعـها وسـكناها فلتعتـد فيـه ، وتبيـت في بيتـها هـذا واسطوانها وساحة حجرتها حيث شاءت][3] ، وإن كان في الدار مقاصير[4] فلا تبيت إلا في مقصورتها .

وينتقل الزوج من بيتها في طلاق بائن أو غير بائن ولا يقيم معها في حجرة[5] .

ولا بأس أن ينتقل إلى أحد بيوت الدار الجامعة ، ولا يدخل عليها فيما فيه الرجعـة حتى يرتجع .

[في المـرأة يمـوت عنـها زوجـها وهـي خارجـة معـه إلى الحصـاد ، أو إلى مثـــل السواحل والرباط ، أو الحج]

وإذا خرجت المرأة مع زوجها في زيارة ، أو إلى الحصاد ، أو السـواحل و الربـاط ؛

---

(١) في هـ : نهارها ذلك .

(٢) في ز : ولا يحج بها في عدتها .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٤) المقاصير : جمع مقصورة وهي الممنوعة ، والمراد بها مكان من الـدار معـزول لا يدخلـه إلا صـاحب الدار ، ويسمى الحَجَلة . انظر : اللسان (١١/١٨٦) ، التقييد (٢/٣٥٨) .

(٥) في ك و ز : في حجرتها .

لإقامة الأشهر والرجوع أو لحاجة من قبض دين ونحوه[1]، ولا يريد انتقالاً ، فمات زوجها في الطريق ، فلترجع إلى بيتها تعتد فيه بعدت أو قربت أو قد وصلت ، ولا ترجع إذا بعدت إلا مع ثقة وإلا قعدت حتى تجد ثقة .

وإن خرج بها على رفض سكنى موضعه اعتدت بموضع نقلها إليه .

وإن مات في الطريق وهي أقرب إلى الموضع الأول أو الثاني فلها المسير[2] إلى أيهما شاءت إن كان قريباً ، وإن بعد فلا تمض إلا مع ثقة .

ولها المقام بموضع موته أو تعدل إلى حيث شاءت فتتم هناك عدتها ؛ لأنه مات ولا قرار لها ، وهي كمعتدة أخرجها أهل الدار ، وبمنزلة التي أخرج زوجها من منزل بكراء فانتقلت إلى أهلها لتكتري سواه فمات ولم يكتر منزلاً ، أو اكتراه ولم يسكنه حتى مات فلتعتد حيث شاءت ، وإذا مات زوجها في خروجها[3] إلى الحج وقد سارت اليومين[4] والثلاثة وما قرب ، وهي تجد ثقة ترجع معهم فلترجع ، وترجع[5] من مثل ذي الحليفة عن المدينة ، وردهن عمر من البيداء[6] .

---

(١) في ز : أو غيره .

(٢) في ز و هـ : المصير .

(٣) في ك و ز و هـ : مخرجها .

(٤) في ك : اليوم واليومين والثلاثة .

(٥) في ز : وترجع من مات زوجها بذي الحليفة .

(٦) خبر رد عمر المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء ، رواه مالك في الموطأ (٥٩٢/٢) كتاب الطلاق ، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحلّ . والبيداء : طرف ذي الحليفة . انظر : المدونة (٤٦٩/٢) .

ولا يفسخ كراء كريها ، ولتكر الإبل من[1] مثل ما اكترت ، ولو بعدت كإفريقية من الأندلس أو المدينة من مصر ، نفذت[2] .

وأما إذا أحرمت فلتنفذ قربت أو بعدت ، ثم إن رجعت في بقية العدة أتمتها في بيتها ، وكل من أمرتها بالرجوع إلى بيتها فكانت لا تصل حتى تنقضي العدة فلا ترجع ولتقم بموضعها أو حيث شاءت ، إلا أن يعلم في التقدير أنه يبقى من عدتها بعد وصولها فلترجع ، وكذلك في الطلاق البائن وغيره .

[في النفقة والسكنى للمعتدة]

[3] وكل مطلقة لها السكنى ، وكل بائنة [بطلاق][4] أو بتات أو خلع أو مبارأة أو لعان ونحوه ، فلها السكنى ولا نفقة لها ولا كسوة[5] إلا في الحمل البين ، فذلك لها ما أقامت حاملاً ، خلا الملاعنة فإنها لا نفقة لها في حملها .

---

(١) في ك و ز و هـ : في .

(٢) في ك : قعدت . وفي ز : بعدت .

(٣) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

(٤) سقطت من ك ، وفي ز : وكل بائنة بطلاق ثلاث أو خلع أو مبارأة أو لعان .

(٥) أوجب المالكية للبائن السكنى دون النفقة ؛ لأن السكنى ورد في قوله تعالى : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾ ، وأما النفقة فقد ورد نفي وجوبها في حديث فاطمة بنت قيس عند مالك ومسلم وأبي داود والنسائي وفيه أن رسول الله ﷺ قال لها : « ليس لك عليه نفقة » ولم يتعرض للسكنى فبقي على عمومه في الآية ، وأما قوله لها في الحديث أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ؛ فلأنه كان في لسانها بذاءة ؛ ولأن النفقة في مقابل التمكن من الاستمتاع متى شاء وقد زال بالبينونة بخلاف الرجعية . انظر : بداية المجتهد (١١٠٤/٣) ، الإشراف (٧٩٦/٢) .

وكل طلاق فيه الرجعة فلها النفقة والكسوة والسكنى حتى تنقضي العدة ، كانت حاملاً أو غير حامل .

وكذلك امرأة المولي إذا فرق بينهما ؛ لأن فرقة الإمام فيها غير بائن ، وهما يتوارثان ما لم تنقض العدة ، ويجب السكنى في فسخ النكاح الفاسد أو ذات محرم لقرابة أو رضاع كانت حاملاً أم لا ؛ لأنه نكاح يلحق فيه الولد ، وتعتد فيه حيث كانت تسكن ولا نفقة عليه[1] ولا كسوة إلا أن تكون حاملاً فذلك عليه .

وللكتابية الحرة على الزوج المسلم من السكنى والنفقة إذا طلقها ما للمسلمة .

ومن خلا بصغيرة يجامع مثلها في بيت أهلها ثم طلقها فقال : لم أطأ فصدقته أو كذبته فالقول قوله في طرح السكنى ، كما أقبله في نصف الصداق وعليها العدة .

وحيث يجب جميع الصداق يجب السكنى إلا أنه [إن][2] لم يعلم له بها خلوة ، فلا عدة عليها في طلاق وإن ادعى المسيس .

وإن دخل بها وهي لا يجامع مثلها لصغر فلا عدة عليها ولا سكنى لها في الطلاق ، وليس لها إلا نصف الصداق . وعليها في الوفاة العدة ولها[3] السكنى إن كان ضمها إليه ، والمنزل له أو نقد كراه وإن لم يكن نقلها فلتعتد عند أهلها .

وكذلك الكبيرة يموت زوجها قبل البناء وهي في مسكنها ، فلتعتد فيه ولا سكنى لها [عليه][4] إلا أن يكون أسكنها داراً له أو اكتراها ونقد الكراء ،

---

(١) في ق : لها .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ز : وعليه .

(٤) سقطت من ك .

فتكون أحق بذلك المسكن حتى تنقضي عدتها ، وإذا أعتقت الأمة تحت عبد فاختارت نفسها ، أو لم تعتق فطلقها طلاقاً بائناً ، فإن كانت بوئت[1] مع زوجها بيتاً فلها السكنى عليه مادامت في عدتها ، وإن لم تبوأ معه [بيتاً][2] فلتعتد عند سيدها ، وإن أخرجها سيدها فسكنت في موضع آخر فلا شيء لها [على الزوج][3] إذا لم تكن تبيت عنده ، ويجبر سيدها على ردّها حتى تنقضي عدتها .

ولو أعتق العبد أو انهدم المسكن في العدة ولم تبوأ معه بيتاً فلا سكنى [لها][4] عليه ، وليس للأمة الحامل نفقة على الزوج إذا طلقها إذ الولد رق لغيره كان الزوج حراً أو عبداً .

وكذلك حرة طلقها عبد وهي حامل فلا نفقة لها إلا أن يعتق العبد قبل وضعها ، فينفق على الحرة من يومئذ ، وإن كانت أمة فلا إلا أن تعتق هي أيضاً بعد عتقه فينفق عليها في حملها ؛ لأن الولد ولده ، ولا نفقة لحامل في الوفاة . وللمتوفى عنها زوجها السكنى في العدة إن كانت دار الميت[5] ، أو بكراء وقد نقده ، وهي أحق بسكنى دار الميت من غرمائه ، وتباع ويشترط سكناها وهي أحق منهم بما نقد كراه ، وإن كانت الدار بكراء ولم ينقد الزوج الكراء وهو موسر فلا سكنى لها في ماله ، وتؤدي الكراء من مالها ، ولا تخرج إلا أن يخرجها رب الدار أو يطلب ما لا يشبه من الكراء ، فإن

---

(١) بوئت : أي سكنت معه . المصباح (٦٧) .

(٢) سقطت من ز .

(٣) سقطت من ز .

(٤) سقطت من ك و ز و هـ .

(٥) في ك و ز : للميت .

أخرجت أقامت بموضع تنتقل إليه لا تخرج منه ، وأما إن طلقها طلاقاً بائناً فلزمه السكنى ثم مات في العدة فقد وجب [لها][1] السكنى في مال الزوج قبل الوفاة ديناً ، ولا يسقطه موته بخلاف[2] المتوفى عنها زوجها ولم يطلقها ، [وقد][3] روى ابن نافع عن مالك أنهما سواء ، ولو طلقها[4] وهي في بيت بكراء فأفلس قبل انقضاء العدة فلرب الدار إخراجها ؛ لأنه أحق بمسكنه ، وإن كانت المعتدة في مسكن بكراء فلم تطلب به الزوج إلا بعد العدة [فلها الكراء ، ولذلك][5] لو لم يفارقها فطلبته به بعد تمام السكنى فذلك لها إن كان موسراً حين سكنت ، وإن كان عديماً فلا شيء عليه .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) هذه المسألة على طرفين وواسطة ، فالمتوفى عنها إذا لم تكن لزوجها دار ولا نقد كراءها فلا سكنى لها ، والمطلقة البائن والزوج حي لها السكنى « مطلقاً » ، والمطلقة طلاقاً بائناً ومات زوجها في العدة وسطاً بين الطرفين ، فرواية ابن القاسم أنها مثل المطلقة البائن وزوجها حي فأوجب لها السكنى في مال الزوج ، وإن لم تكن له دار أو ينقد كراءها ، وروى ابن نافع أنها مثل التي توفي زوجها ولم يطلقها فلا سكنى لها ما لم تكن له دار أو ينقد كراءها ، قال الزرويلي : وتفسير ابن القاسم بين المسألتين أظهر . قلت : وهو الراجح المعتمد في المذهب كما في الشرح الكبير وغيره ، ولذلك اعترض شراح خليل على تقييده وجوب السكنى للمطلقة بالحياة وذلك في قوله : « وللمطلقة أو المحبوسة بسببه في حياته السكنى » قال الدردير ي : « واعترض على التقييد بقوله : في حياته . . . فكان عليه حذفه . . . » . انظر : التقييد (٢/٣٦٣) ، منح الجليل (٤/٣٢٩) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٤٨٤) ، مختصر خليل (١٤٤) .

(٣) سقطت من ك و هـ .

(٤) في ك : قال ابن القاسم : ولو طلقها .

(٥) سقطت من ز .

ولا سكنى على معدم في عدة ولا نفقة حمل إلا أن يوسر في حملها فتأخذه بنفقة ما بقي وكذلك السكنى .

وإن وضعت قبل يسره فلا نفقة لها في شيء من حملها ، ولأم الولد السكنى في الحيضة إن مات السيد أو أعتقها ولا نفقة لها ، وكل شيء تحبس عليه فيه من عدة أو استبراء فلها فيه السكنى .

وإن كانت حاملاً حين أعتقها فلها النفقة مع السكنى ، [قال غيره : إن كانت حاملاً في الوفاة فلها السكنى ولا نفقة لها][(1)]، وللمرتدة الحامل النفقة والسكنى مادامت حاملاً ، فإن لم تكن حاملاً لم تؤخر واستتيبت [ولا نفقة لها في هذه الاستتابة ؛ لأنها قد بانت منه][(2)]، فإما أن ترجع إلى الإسلام أو تقتل ، ويكون ذلك طلقة بائنة ويكون لها السكنى .

والمعترض عن امرأته إذا فرق بينهما عند انقضاء الأجل فلها عليه السكنى في عدتها ، وكذلك إن كانا مجوسيين فأسلم الزوج ووقعت الفرقة بينهما وقد بنى بها فلها السكنى .

---

(١) ما بين المعكوفتين لم أجده في المدونة ، وهو ساقط من نسخة ك ، إلا أنه موجود في باقي النسخ .
وقد قال الزرويلي في شرحه للتهذيب : إن هذه الجملة ليست عنده في نسخته ، قال : وهي في بعض النسخ ، ثم نقل عن الشيخ أبي محمد صالح ـ رحمه الله ـ أن من وجدها في كتابه فليتركها ، وهي تفسير أو تتميم ، أي من البراذعي ـ رحمه الله ـ أو من بعض النساخ .
قلت : لأن هذا القول الذي نسبه للغير هو نفسه قول ابن القاسم ، وهو المذهب . قال عليش عند قول خليل : « وزيد مع العتق نفقة » ، ومفهوم مع العتق أنها لا تزاد نفقة الحمل مع موت السيد وهي حامل منه وهو كذلك ؛ لأن حملها وارث من أبيه فينفق عليها مدة حملها به مما يرث من أبيه . انظر : التقييد (٣٦٤/٢) ، منح الجليل (٣٤٤/٤) ، مختصر خليل (١٤٥) .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ق ، وفي ز : ولا نفقة لهذه إلا أن تستتاب ؛ لأنها قد بانت منه .

وللمستحاضة السكنى في عدتها ولا ينقطع ما وجب من السكنى لمطلقة أو لمتوفى عنها[1] وبها ريبة حتى تزول الريبة .

[في استبراء الأمة وأم الولد يموت عنهما السيد أو يعتقهما]

ومن مات عن أمة أو باعها أو أعتقها فاستبراؤها حيضة ، وإن كانت مستبرأة قبل ذلك ، إلا المعتقة المستبرأة فذلك يجزيها وتنكح وتحل للزوج[2] مكانها ، كما لو زوجها السيد وهي في ملكه حل للزوج وطؤها مكانه ويجزيه استبراء السيد .

ولا يجوز للسيد أن يزوجها حتى يستبرئها .

ولو أعتق أم ولده بعد الاستبراء أو مات عنها لم يجزها حتى تأتنف حيضة بعد عتقها بخلاف الأمة .

[في استبراء زوجة المكاتب التي اشتراها ، لو وطئها أو لم يطأها لعجز أو موت]

وإن اشترى مكاتب زوجته بعد البناء فلم يطأها حتى مات ، أو عجز فرجعت إلى السيد فعدتها حيضة ، قاله مالك ، ثم رجع فقال : أحب إلي أن تكون حيضتين ، وبهذا أخذ ابن القاسم أن السيد لا يطؤها إلا بعد حيضتين من يوم الشراء[3] .

---

(١) في ز : ولمتوفى عنها زوجها .

(٢) في ز : للأزواج .

(٣) وهو المعتمد في المذهب وعليه مشى خليل في مختصره ، ولم يذكر القول الأول حيث قال : « أو مات أو عجز المكاتب قبل وطء الملك لم تحل لسيد ولا زوج إلا بقرءين عدة فسخ النكاح » . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢/٤٩٥)، منح الجليل (٤/٣٥٥)، مختصر خليل (١٤٦) .

ولو وطئها المكاتب بعد الشراء انفسخت العدة وحلت بحيضة استبراء .

ولو مات المكاتب أو عجز بعد ما مضى لها عنده حيضتان من يوم الشراء فصارت الأمة لسيده لـم ينبغ للسيد أن يطأها حتى تحيض حيضة .

وإن كان المكـاتب قد قـال : لم أطأهـا بعدهمـا فـإن هـي خرجـت حـرة ولم يكـن المكاتب وطئها بعد الشراء نكحت مكانها ولا استبراء عليها ؛ لأنها خرجت من ملـك إلـى حرية .

ومن اشترى زوجته قبل البناء وطئها بملك يمينه ولا استبراء عليه .

وقـد بقـى رسـم مـن آخـر هـذا الكتـاب وهـو مذكـور فـي كتـاب أمـهات الأولاد [1].

* * *

* *

*

---

(١) بعـد هـذه الجملـة في ز : تم بحمـد الله وعونـه ، يتلـوه العـدة ـ إن شـاء الله ـ . واعتمـدت الترتيب من غير ز .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الرضاع[1] ﴾

[ما يحرم من الرضاع]

[2] ويُحَرِّم من الرضاع في الحولين ولو مصة واحدة بين الأحرار والمماليك .

وحرمة الرضاع في الشرك والإسلام واحدة ، ولبن المسلمات والمشركات في حرمة الرضاع سواء .

[في حكم الوجور والسعوط والحقنة ونحو ذلك]

والوَجور[3] يحرم ، والسعوط[4] إن وصل إلى جوف الصبي فإنه يحرم .

وإن حقن بلبن فوصل[5] إلى جوفه حتى يكون له غذاء حرَّم[6] ، وإلا لم يحرِّم[7].

---

(١) الرضاع في الشرع هو وصول لبن آدمي بمحل مظنة غذاء ، هكذا عرفه ابن عرفة ليدخل فيه السعوط والحقنة . والرضاع أحد موانع النكاح . ويتكلم المصنف في هذا الكتاب عمن يحرم نكاحه من الرضاع ممن لا يحرم . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٣٠٧)، التقييد (١٧٤/٢) .

(٢) في ك : قال مالك ـ رحمه الله تعالى ـ .

(٣) الوَجور ـ بفتح الواو ـ : ما يصب في وسط الفم أو ما صب في الحلق بآلة . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٥٠٣/٢) ، منح الجليل (٣٧٢/٤) .

(٤) السعوط : ما صب في الأنف فوصل إلى الحلق . انظر المراجع السابقة .

(٥) في هـ : حتى وصل . وفي ز : فبلغ إلى جوفه .

(٦) في ق : لحرّم .

(٧) في ز زيادة بعد هذه الجملة وهي : وروي أن النبي ﷺ حرم بلبن الفحل وعرضت عليه بنت حمزة فقال : هي بنت أخي من الرضاعة .

قال عطاء الخراساني[1]: لا يحرم السعوط[2] ولا الكحل باللبن .

[في التحريم بلبن الفحل وذكر الغيلة]

وإن أرضعت ذات زوج صبياً وهي مرضع[3] أو بعد فصال ولدها وهي حامل أو درت عليه ولم تلد قط ، فالصبي ابن للزوج .

وإذا تزوجت المرضعة المطلقة فحملت ثم أرضعت صبياً ، فإنه ابن للزوج الأول والثاني ، إذا كان لبن الأول لم ينقطع ، والماء يغيل[4] اللبن [ويكون فيه غذاء والوطء

---

(١) هو عطاء بن مسلم بن ميسرة الخراساني ، نزيل بيت المقدس ، مفسر ، كان يغزو ويكثر من التهجد في الليل ، من تصانيفه : التفسير ، والناسخ والمنسوخ ، توفي سنة (١٣٥هـ) وكان مولده سنة (٥٠هـ) . انظر : شذرات الذهب (١/١٩٢) ، العبر (١/١٨٢) .

(٢) قول عطاء في عدم التحريم بالسعوط ـ كما ترى ـ مخالف للمذهب ، أما قوله بعدم التحريم بالاكتحال باللبن فهو موافق للمذهب ، قال خليل في مختصره : « ولا كماء أصفر وبهيمة واكتحال به » أي إن ذلك لا يحرم . مختصر خليل (١٤٨) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٥٠٣) .

(٣) في ق : وهي ترضع .

(٤) يغيل اللبن أي يكثره ، وقد وردت هذه المسألة في المدونة بأسلوب أوضح مما اختصرها به البراذعي ؛ لذلك آثرت أن أذكر عبارة المدونة هنا لتتضح الصورة ، ففي المدونة : « قلت : أرأيت الرجل يتزوج المرأة فترضع صبياً قبل أن تحمل ، درّت له فأرضعته ولم تلد قط وهي تحت زوجها ، أيكون اللبن للزوج أم لا في قول مالك ؟ قال : ما سمعت من مالك فيه شيئاً ، وأرى أنه للفحل ، وكذلك سمعت عن مالك : وإنما يغيل اللبن ويكون فيه غذاء ، وقال رسول الله ﷺ : لقد هممت أن أنهى عن الغيلة ، والغيلة أن يطأ الرجل امرأته وهي ترضع ؛ لأن الماء يغيل اللبن ، وكذلك بلغني عن مالك وهو رأي ، وقد بلغني عن مالك أن الوطء يدر اللبن ويكون منه استنزال اللبن فهو يحرم ، قال : وقال لي مالك في الغيلة ـ وذلك أنه قيل له : وما الغيلة ؟ قال : أن يطأ الرجل امرأته وهي ترضع وليست بحامل ؛ لأن الناس قالوا : إنما الغيلة أن يغال الصبي =

يدر له اللبن فهو يُحَرِّم ، قال مالك :][1] وما ذكر في الحديث من الغيلة هو وطء المرضعة التي لا حمل بها ولا يكره ذلك إذ لم ينه النبي ﷺ عنه ، [وقد قال أناس : إنما الغيلة أن يُغتال الصبي بلبن قد حملت أمه عليه ، فيكون إذا أرضعته بذلك اللبن قد اغتالته][2] .

[في رضاع الكبير ، ومدة الرضاع الذي يحرم]

قال مالك : ولا يحرِّم رضاع الكبير إلا ما قارب الحولين .

ولم يَفْصِلْ[3] إلا بمثل شهر أو شهرين ، وأما لو فصل بعد الحولين أو بعد حول حتى استغنى بالطعام لم يحرم ما أرضع بعد ذلك .

= بلبن قد حملت أمه عليه فتكون إذا أرضعته بذلك اللبن قد اغتالته ـ قال مالك : ليس هذا هو ، إنما تفسير حديث النبي ﷺ أن ترضعه وزوجها يطؤها ولا حبل بها ؛ لأن الوطء يغيل اللبن ، قلت : أيكرهه مالك ؟ قال : لا ، ألم تر أن النبي ﷺ قال : لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت الروم وفارساً. فلم ينه عنها النبي ﷺ » المدونة (٢/٤٠٧)، قلت : حديث الغيلة أخرجه مالك في الموطأ كتاب الرضاع (٢/٦٠٨) ، ومسلم في كتاب النكاح باب جواز الغيلة (٣٥٤٩)، أبو داود كتاب الطب (٣٨٨٢)، والترمذي في كتاب الطب (٢٠٧٦)، والنسائي في كتاب النكاح (٣٣٢٦)، وابن ماجه في كتاب النكاح (٢٠١١).

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٣) أي : ولم يفصل بعد الحولين إلا بشهر أو شهرين ؛ لأنها زيادة قريبة فهي في حكم الحولين . وذلك بشرط ألا يكون استغنى بالطعام عن الرضاعة ، فإن زاد على الحولين والشهرين ولو بيوم واحد لا يُحَرِّم ، وإن لم يستغن عن الرضاع ، ولو استغنى عن الرضاع ولو قبل تمام الحولين لم يُحرِّم كذلك ، كما أشار المؤلف . انظر : المعونة (٢/٩٤٩) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢/٥٠٣) ، منح الجليل (٤/٣٧٤) .

ولو أرضعته امرأة بعد فصاله بيوم أو بيومين لحرّم ؛ لأنه لم يستغن بالطعام .

[في تحريم امرأة الأب والابن من الرضاعة]

وتحرم على الرجل امرأة أبيه أو ابنه من الرضاعة كالنسب .

[في التحريم بلبن البكر التي لا زوج لها واليائسة ، ولبن ثدي الرجل]

وإذا درت بكر لا زوج لها أو يائسة من المحيض فأرضعت صبياً فهي أم له . ولا يُحرِّم ما درّ للرجل من لبن .

[في التحريم بلبن الميتة]

وإذا حلب من ثدي المرأة لبن في حياتها أو بعد موتها فأوجر[1] به صبي أو دبّ فرضعها وهي ميتة وعلم أن في ثديها لبن فالحرمة تقع بذلك ولا يحل اللبن في ضروع الميتة ، قيل : فلم وقعت به الحرمة ؟[2] قال : لأن من حلف أن لا يشرب لبناً فشرب لبن الميتة أو [شرب][3] لبناً ماتت فيه فأرة حنث إلا أن ينوي اللبن الحلال ، ويحد من وطئ ميتة .

---

(١) أوجر به : أي صب في وسط فمه أو في حلقه بآلة . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٥٠٣/٢) ، منح الجليل (٣٧٢/٤) .

(٢) ورد تعليل الحكم بالتحريم بلبن الميتة في المدونة على النحو التالي : « قلت : فكيف أوقعت الحرمة بلبن هذه المرأة الميتة ولبنها لا يحل ؟ ألا ترى أنه لو حلب من ثديها وهي ميتة لم يصلح لكبير أن يشربه ولا يجعله في دواء فكيف تقع الحرمة بالحرام ؟ قال : اللبن يُحرّم على كل حال ، ألا ترى أن رجلاً حلف أن لا يشرب لبناً فشرب . . . » المدونة (٤١١/٤) .

(٣) سقطت من ك .

[في الشهادة على الرضاع][1]

وإذا قالت امرأة عدلة : كنت أرضعت فلاناً وزوجته لم يقض بفراقهما ، ولو عرف ذلك من قولها قبل النكاح أمرته[2] بالتنزه عنها [إن كان يوثق بقولها][3] ، ولو شهد بذلك امرأتان بعد العقد وهما أم الزوجة وأم الزوج أو أجنبيتان لم أقض بالفراق ، إلا أن يفشو ذلك من قولهما قبل النكاح عند الجيران والمعارف [فيُقضى بالفراق بينهما][4].

ولو خطب رجل امرأة فقالت له امرأة : قد أرضعتكما ، لم ينبغ[5] له نكاحها ، فإن فعل لم يفرق القاضي بينهما.

وإن قال الأب : رضع فلان وفلانة مع ابني الصغير أو مع ابنتي ، ثم قال : أردت أعتذر ، لم يقبل منه ، فإن تناكحا فرّق السلطان بينهما ، [ويؤخذ بإقراره الأول][6] .

وإذا أقر أحد الزوجين أن الآخر أخوه من الرضاعة قبل أن يتناكحا ، فسخ نكاحهما إذا شهد على إقرارهما بذلك بينة .

---

(١) مسألة الشهادة في الرضاعة مكررة هنا فقد وردت في كتاب النكاح ، وقد فصلنا مذهب المالكية هناك بإيجاز محكم في التعليق رقم ٦ ص٢٠٧ من هذا الجزء .

(٢) في ز و ك : لأمرته .

(٣) سقطت من ز .

(٤) سقطت من ز ، وفي ق : سقطت (بينهما) .

(٥) أي على وجه التنزه والكراهة ، لا على وجه التحريم . انظر : التقييد (٢/٢٧٩).

(٦) سقطت من ز و ق و هـ ، والمثبت من ك .

وإذا قالت الأم لرجل أرضعتك مع ابنتي [فلانة][1]، ثم قالت : كنت كاذبة أو معتذرة لم يقبل قولها الثاني[2]، ولا أحب له أن يتزوجها .

[فيمن تزوج صغيرات في سن الرضاعة فأرضعتهن أو أرضعت بعضهن امرأة واحدة]

ومن تزوج صغيرة بعد صغيرة فأرضعتهما أجنبية فليختر واحدة[3] وليفارق الأخرى ، ولا يفسد [عقد][4] نكاحهما كما فسد عقد متزوج الأختين عقدة لفساد العقد فيهما وصحته في هاتين .

وكذلك لو كُنَّ أربعاً فأرضعتهن كلهن فله أن يختار أولاهن رضاعاً أو آخرهن أو من شاء ويفارق البواقي ، وإن أرضعت واحدة منهن فهن على نكاحهن ، فإن أرضعت ثانية اختار أيتهما شاء وفارق الأخرى ، فإن فارق الأولى ثم أرضعت ثالثة اختار أيضاً ، فإن فارق الثالثة ثم أرضعت رابعة حبس الثالثة ـ إن شاء ـ أو الرابعة وفارق الأخرى .

[فيمن تزوج كبيرة ورضيعتين فأرضعت الكبيرة إحداهما]

[ومن][5] تزوج امرأة [كبيرة][6] ورضيعتين في عقدة وسمى لكل واحدة

---

(١) سقطت من ك و ز و هـ .

(٢) قوله : « لم يقبل قولها الثاني » قال الزرويلي : وذلك أنه يتنزه عنها ، ولو قبل قولها الثاني لكان القول الأول معارضاً فيسقط التنزه . قلت : وعلى هذا فقوله : « لا أحب » على وجه التنزه والكراهة أيضاً ، وليس على وجه التحريم . انظر : التقييد ٠٢/٢٨٠).

(٣) في ز : واحدة منهما .

(٤) سقطت من ز .

(٥) سقطت من ز .

(٦) سقطت من ك .

صداقاً ، أو في عُقَدٍ متفرقة فأرضعت الكبيرة إحداهما قبل [بنائه بالكبيرة وهي في عصمته أو بعد أن فارقها ، حرمت الكبيرة للأبد وثبت على [نكاح][1] الصغيرتين ، وإن كان بعد][2] بنائه بالكبيرة حرمت الكبيرة والصغيرة التي أرضعت ولا صداق للمرضعة وإن تعمدت الكبيرة الفساد ، وللكبيرة[3] الصداق بالمسيس .

[فيمن تزوج صبية فأرضعتها ذات محرم له ممن تحرمها عليه]

ومن تزوج صبية[4] ، فأرضعتها أمه أو أخته أو جدته أو ابنته أو ابنة ابنه أو امرأة أخيه أو بنت أخيه أو بنت أخته ، وقعت الحرمة بذلك وفُرّق بينهما ، ولا صداق للصبية على الزوج ولا على التي أرضعتها ـ وإن تعمدت ـ ولكن تؤدب المتعمدة .

وكل ما فُسخ من نكاح من حَرُمَ بالرضاع بعد البناء فلها المسمى .

[فيما لا يُحَرِّم من اللبن]

ولا يُحَرّم لبن البهيمة ، ولا لبن مزج بطعام يغيب فيه حتى يكون الطعام الغالب عليه ، أو طبخ بعد أن مزج على نار حتى غاب اللبن فيه ، أو صب عليه ما غمره وغيبه من الماء ، أو جعل في دواء غلب عليه[5] ثم أطعم ذلك أو سقي لصبي ، لم يُحَرّم بذلك .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٣) في ز : وللصغيرة الصداق بالمسيس .

(٤) في ز : صغيرة .

(٥) في ز : وجعل فيما عليه عليه ثم أطعم ذلك .

[في حكم استرضاع الكوافر والفاجرات]

ويكره[1] استرضاع الكوافر وأن يتخذن ظؤورة[2] لما يتغذين به ويغذين به الولد .

وكره مالك استرضاع الفاجرة ولم يحرمه .

[فيمن تلزمه رضاعة الولد]

[3] وتجبر ذات الزوج على إرضاع ولدها بلا أجر ، إلا أن تكون ممن لا ترضع لشرفها فذلك على الزوج وإن كان لها لبن .

ولو مرضت التي [مثلها][4] ترضع ، أو انقطع درها فالرضاع على الزوج .

وإن مات الأب[5] وللصبي مال فلها أن لا ترضعه وتستأجر له من يرضعه من ماله ، إلا أن لا يقبل غيرها فتجبر أن ترضعه [بأجرها][6] من ماله ، وإن لم يكن للصبي مال لزمها إرضاعه بخلاف النفقة التي لا يقضى بها عليها ، ولكن يستحب لها أن تنفق عليه إن لم يكن له مال .

والرضاع عليها إن طلقت طلاقاً فيه رجعة ما لم تنقض العدة ، فإن انقضت

---

(١) الكراهة هنا على بابها ، قال الزرويلي : ومنشأ الكراهة تعارض احتمالين ؛ لأنه لو تحقق أنها تغذي الولد من الخمر والخنزير لمنع من ذلك ، ولو تحقق أنها لا تفعل ذلك لأُبيح ذلك ، فلما تعارض الاحتمالان كُره ذلك . انظر : التقييد (٢/٢٨٢ - ٢٨٣).

(٢) ظُؤورة - بضم الظاء والواو - : جمع ظِئْر ، وهي العاطفة على غير ولدها المرضعة له . انظر : اللسان (٤/٥١٤)، التقييد (٢/٢٨٢) .

(٣) في ك : قال مالك - رحمه الله - .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في ز : الزوج .

(٦) سقطت من ك .

أو كان الطلاق بائناً ولم تنقض العدة أو انقضت فعلى الأب أجرِ الرضاع ، والأم أولى بذلك ، إلا أن يجد الأب بدون ما سألت فذلك له ، إلا أن ترضى الأم بما وجد فهي أحق ، فإن لم ترض ولم يقبل الولد غيرها وخيف عليه الموت جبرت على رضاعه بأجر مثلها .

ولو كان الأب معدماً لا يجد شيئاً ووجد من قرابته من ترضعه باطلاً[1] فله ، إلا أن ترضعه الأم باطلاً ، [وكذلك][2] إن كان الأب ليس بالواجد ، وإنما يقوى على دون الأجر وأصاب من يرضع له بدون ذلك ، فللأم أن ترضعه بما وجد أو تسلمه[3] ، وإن كان الأب موسراً ووجد من يرضعه باطلاً فليس ذلك له . وللأم أن ترضعه بمثل ما ترضعه به غيرها .

* * *

* *

*

---

(١) أي بدون مقابل ، من قولهم بطل الشيء بطلاناً أي ذهب هدراً . انظر : اللسان (٤٣٢/١) ، المصباح (٥٢) .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ز : تسمى .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

﴿ كتاب الاستبراء[1] ﴾

[في استبراء الأمة المستحاضة]

[2] ومن اشترى أمة مستحاضة ـ يَعلَمُ بذلك ـ استبرأها بثلاثة أشهر ، إلا أن لا يبرئها ذلك وتشك ، فيرتفع[3] بها إلى تسعة أشهر ، والتي رفعتها حيضتها[4][5] بمنزلتها ، إلا أن ترى المستحاضة دماً توقن هي والنساء أنه دم حيض ، فتحل [به][6].

---

(١) أصل الاستبراء من التبري ، وهو الانتقال والتخلص ، ثم استعمل في الاستقصاء في البحث والكشف عن الأمر الغامض ، وخصصه الفقهاء في هذا الموضع بالكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك حتى يعلم تخلصها من الحمل ، أو شغلها به بالعلامات التي جعلها الله لذلك مراعاة لحفظ الأنساب ، واحتياطاً لاختلاط الذرية ، وتمييزاً للنسل . وقد عرفه ابن عرفة بأنه : « مدة دليل براءة الرحم ، لا لرفع عصمة أو طلاق » ، قال : فتخرج العدة ويدخل استبراء الحرة ولو للعان ، والموروثة ؛ لأنه للملك لا لذات الموت .

وقد جاء كتاب الاستبراء في بعض نسخ التهذيب بعد كتاب التدليس بالعيوب ، ووجه العلاقة بينهما أن الحمل عيب في الإماء . وأكثر النسخ جاء فيها بعد كتاب العدة ، ووجه العلاقة بينهما أن المدة في كل منهما جعلت لمعرفة براءة الرحم . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٢٩٧) ، التقييد (١١٣/٣) ، منح الجليل (٣٤٥/٤) .

(٢) في ك : قال مالك .

(٣) في ز : فيرجع .

(٤) في ز : حيضة .

(٥) أي ارتفعت حيضتها فلم تحض . انظر : منح الجليل (٣٥٢/٤) .

(٦) سقطت من ك و هـ .

متى ما رأته ، كالمستحاضة ترى دماً وهي في عدتها من موت أو طلاق توقن هي والنساء أنه دم حيض فيكون ذلك قرءاً تحتسب به .

[في استبراء المكاتبة والمغصوبة]

ومن كاتب أمته ثم عجزت[(١)] ، أحببت له الاستبراء إلا التي في يديه[(٢)] لا تخرج فلا شيء عليه ، [وعليه][(٣)] في المغصوبة ترجع إليه الاستبراء إن غاب عليها الغاصب ، ولو اشتراها الغاصب بعد أن وطئها فليستبرئها من مائه الفاسد .

[في استبراء الأمة المستحقة بحرية بعد شرائها]

ومن اشترى أمة فغاب عليها ثم استحقت بحرِّية ، لم تنكح إلا بعد ثلاث حيض وإن تقارّا[(٤)] أنه لم يطأ .

ولو وطئها فلا صداق عليه ؛ لأنه وطئ بالملك إلا أن يطأها عالماً بحريتها فعليه الصداق ويحد[(٥)] .

[في استبراء المسبيات من المسلمين بعد عودتهن من سبي العدو]

وإذا استبى العدو أمة أو أم ولد أو مدبرة أو حرة ثم رجعن ، لم توطأ الحرة إلا بعد ثلاث حيض ، وأولئك بعد حيضة ، ولا يصدقن كلهن في نفي الوطء ، وقد حزن[(٦)] بمعنى الملك لا على وجه[(٧)] الوديعة .

---

(١) في هـ : عجزت عن الكتابة .

(٢) في ز و هـ : في بيته .

(٣) سقطت من ك .

(٤) في ك و ق : وإن تقاررا .

(٥) في ز : والحد .

(٦) في ك و ز : حيزوا .

(٧) في ق : لا بمعنى الوديعة .

[في استبراء الموهوبة والمرهونة والمودعة والمبيعة على المواضعة]

ومن رهن جارية أو أودعها فلا يستبرئ إذا ارتجعها ، ولو ابتاعها منه المودع بعد أن حاضت عنده أجزأه من الاستبراء إن كانت في بيته لا تخرج ، ولو كانت تخرج إلى السوق لم يجزه .

ومن وهب أمة لرجل ثم ارتجعها بعد غيبة الموهوب عليها فليستبرئ لنفسه ؛ لأنها قبضت[1] على الحوز .

وأما من باع أمة على المواضعة[2] ثم رجعت إليه في المواضعة قبل أن تحيض أو يذهب عظم حيضتها[3] فلا استبراء عليه ، ولو قبضها المبتاع لنفسه على الحوز لا على الأمانة في المواضعة ثم أقاله فليستبرئ لنفسه ، وإن أقاله بعد يوم من مغيبه عليها ، والهبة كذلك .

ومن وهب لابنه الصغير أو الكبير الذي في عياله جارية ثم اعتصرها[4] ، فإن لم تكن تخرج وهي في يد الأب ولم يغب الكبير عليها لم يستبرئ ، وإلا فذلك عليه ، وإن وطئها الابن فلا اعتصار للأب فيها .

[في انتقال الملك الموجب للاستبراء]

وكل من انتقل إلى ملكه ملك أمة كانت في حوز غيره بأي وجه ملكها فليستبرئها

---

(١) في ز : لأنه قبضها .

(٢) المواضعة : هي جعل الأمة المشتراة زمن استبرائها عند أمين مقبول خبره ، من رجل ذي أهل أو امرأة أمينة ، والمستحب أن تكون امرأة . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٣٠٠) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٤٩٧) ، منح الجليل (٤/٣٦٠) .

(٣) في ز : معظم حيضها .

(٤) أي انتزعها منه واستخرجها . المصباح المنير (٤١٣) .

بحيضة إن كانت ممن تحيض ، ملكها ببيع أو إرث أو هبة أو صدقة أو وصية أو من مغنم أو بغير ذلك .

ومن باع على ابنه الصغير من نفسه أمة ، أو رجل ابتاع أمة زوجته ، أو خالعها عليها ، أو وهبتها له فإن كانت عنده لا تخرج لم يستبرئ ، وذلك عليه إن كانت تخرج[1] .

وأما إن ابتاعها ومثلها يوطأ ، من رجل لم يطأ أو من صبي أو من امرأة ، فلا بد من مواضعتها ، ومن أبضع[2] مع رجل في شراء جارية فبعث بها إليه فحاضت في الطريق فلا يقربها حتى يستبرئ .

[فيما ينقضي به الاستبراء ، وما تلزم فيه المواضعة]

[3] ومن باع أمة ثم حبسها بالثمن[4] ، أو لم يمنع المشتري من قبضها ولا سأله هو في ذلك وذهب ليأتي بالثمن فأتى فألفاها طامثاً[5] ، ففي أول الدم يجزئه ، وإن ألفاها آخره ، أو بعد الطهر فلا ، وليتواضعاها[6] إلا في الوخش[7] فليقبضها وليستبرئ لنفسه .

---

(١) في ز : ممن تخرج .

(٢) أي دفع إليه بضاعة عرضاً أو نقداً ليشتريها له بها . انظر : منح الجليل (٤/٣٤٩) .

(٣) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

(٤) في هـ : ثم حبسها بالثمن فلم يدفعها إليه .

(٥) طامثاً أي : حائضاً . انظر : المصباح (٣٧٧).

(٦) في ز : وليتواضعا .

(٧) الوخش هي الخسيسة غير الجميلة ، التي تراد للخدمة ولا تراد للوطء . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٤٩٧) ، منح الجليل (٤/٣٦٠) .

ولو أمكنه البائع من الرائعة[1] فتركها عنده فإن حيضتها استبراء للمشتري ؛ لأن ضمانها كان معه ؛ لأنه استودعه إياها بمنزلة أن لو وضعها عند غيره .

ومن ابتاع أمة في أول الدم[2] أجزأه من الاستبراء ، وأما في آخره وقد بقي منه يوم أو يومان فلا ، وله المواضعة ، فإن ابتاعها فرأت عنده دماً لخمسة أيام من حيضتها عند البائع لم يجزه من الاستبراء ، وهو كدم واحد وتدع له الصلاة ، وإن رأته بعد أيام كثيرة يكون لها هذا حيضاً مؤتنفاً ، فرأته يوماً أو بعض يوم أو يومين ثم انقطع فإن قال النساء : إن [مثل][3] ذلك حيضة ، أجزتها ، [وإلا لم يكن استبراءً ، وإن لم تصل فيه حتى تقيم في الدم ما يعرف ويستيقن أنه استبراء لرحمها . قال مالك :][4] الثلاثة الأيام والأربعة والخمسة إذا طهرت فيهن ثم رأت الدم بعد ذلك فهو من الحيضة الأولى ، قال : ويسأل النساء عن عدد أيام الطهر ، فإن قلن : إن هذه الأيام تكون طهراً فيما بين الحيضتين ، وجاء هذه الأمة بعد هذه[5] الأيام من الدم ما يقول النساء إنه دم حيض ولا يشككن فيه ، أجزأ ذلك من الاستبراء وإلا فلا .

[في الإقالة في الرائعة والوحش ، وأحوال الاستبراء ، والمواضعة مع الإقالة]

[6] ومن باع أمة رائعة ثم تقايلا قبل التفرق فلا استبراء عليه ، وإن أقاله وقد غاب

(١) الرائعة : هي الجميلة الجيدة التي تراد للوطء . انظر المراجع السابقة .

(٢) في ز : أمة في حيضها أجزأه .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٥) في ك : تلك .

(٦) في ك : قال ابن القاسم .

عليها المبتاع فإن أقامت عنده أياماً لا يمكن فيها استبراء فلا يطأها البائع إلا بعد حيضة ، ولا مواضعة على المبتاع فيها إذ لم تخرج عن ضمان البائع بعد .

ولو كانت وخشاً فقبضها على ثبات البيع والحوز ثم أقاله قبل مدة الاستبراء فليستبرئ البائع لنفسه أيضاً .

وإن كان إنما دفع الرائعة إليه ائتماناً له على استبرائها فلا يستبرئ البائع إذا ارتجعها قبل أن تحيض أو يذهب عُظْم[1] حيضتها .

ولو كانت عند أمين فلا استبراء عليه في الإقالة قبل الحيضة ، ولو بعد طول المدة عند الأمين ، ولو تقايلا بعد حيضة عند الأمين أو في آخرها ، فللبائع على المبتاع فيها المواضعة لضمانه إياها ، إلا أن يقيله في أول دمها أو في عظمه فلا استبراء عليه ولا مواضعة فيها كبيع مؤتنف من غيره ، وكذلك في بيع الشقص [منها][2] والإقالة منه .

ومن ابتاع شقصاً من رائعة فله المواضعة .

[في استبراء أم الولد أو المدبرة يفسخ بيعها]

ومن باع أم ولده أو مدبرته ففسخ البيع وردّت[3] ، فليستبرئ إذا كان قد دفعها على الحوز وترك المواضعة .

ومن اشترى من عبده[4] جارية أو انتزعها منه فليستبرئ .

---

(١) في ط : في معظم . والمثبت من باقي النسخ وهو الموافق لما في المدونة .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ك : ففسخ البيع فيها فليستبرئ

(٤) في ز : من غيره .

[في استبراء الأمة تباع على الخيار]

ومن ابتاع جارية بالخيار ثلاثاً فتواضعاها ، أو كانت وخشاً فقبضها فاختار الرد من له الخيار ، فلا استبراء على البائع ؛ لأن البيع لم يتم فيها .

فإن أحب البائع أن يستبرئ التي غاب المشتري عليها وكان الخيار له خاصة فذلك حسن ، إذ لو وطئها المبتاع لكان بذلك مختاراً ، وإن كان منهياً عن ذلك كما استحب استبراء التي غاب عليها الغاصب .

[في استبراء الأمة ترد بالعيب]

ومن ابتاع جارية فردها بعيب فعلى البائع أن يستبرئ إذا كانت قد خرجت من الحيضة وضمانها من المبتاع ، وإن لم تكن خرجت من الحيضة فلا استبراء عليه ، يريد ألا مواضعة[1] للبائع على الذي يرد البيع بالعيب ؛ لأنها[2] لو هلكت قبل أن تحيض كانت المصيبة فيها من البائع ، وقال أشهب[3][4]: لا مواضعة على الذي[5] يرد بالعيب ، خرجت من الحيضة أم لا ؛ لأنه نقض بيع .

---

(١) قال الزرويلي : المنفي فسره بالمواضعة ولا يريد به الاستبراء حقيقة ، إذ لا بد منه كما قال في مسألة الاستقالة . التقييد (٣/١١٧) .

(٢) في ز : على التي ترد بالعيب لأنه .

(٣) في ز : وقال مالك .

(٤) انظر : المدونة (٣/١٢٩) ، والمعتمد في المذهب ما ذهب إليه ابن القاسم ، انظر : حاشية الدسوقي (٢/٤٩٨) .

(٥) في ز : التي .

[في استبراء الحامل ومواضعتها]

[1] ومن اشترى جارية حاملاً فلا يتواضعاها حتى تلد ، وليقبضها المبتاع وينقد ثمنها ولا يطأها حتى تلد .

فإن ألقت دماً أو مضغة أو شيئاً يستيقن النساء أنه ولد فاستبراؤها ينقضي به كما تنقضي بذلك عدة الحرة ، وتكون به الأمة أم ولد .

وإن ادعت الأمة أنها قد أسقطت فالسقط لا يخفى دمه وينظر إليها النساء ، فإن كان بها من ذلك ما يُعلم أنها قد أسقطت أجزأه ذلك إذا طهرت وإلا لم تصدق ؛ خوفاً من أن يكون كان ريحاً فانفشَّ ، وكذلك إن قالت : أسقطت منذ عشرة أيام وانقطع الدم عني فلا تصدق ، ولا يطؤها المبتاع حتى يستبرئ لنفسه بحيضة ، ولا حجة له في رد الثمن وطلب المواضعة ؛ لأن البائع يقول له : بعتكها وهي ظاهرة الحمل يعرفها النساء ويشهدن عليه والنقد فيها جائز ، ولا أدري ما صار إليه الحمل .

[في حكم البيع على البراءة من حمل غير ظاهر في الوخش والرائعة]

وإذا كانت الأمة من وخش الرقيق ولم يطأها البائع ، جاز بيعها بالبراءة من حمل غير ظاهر[2] ، كان البائع قد استبرأها أم لا ، ويجوز فيها اشتراط ترك المواضعة وانتقاد الثمن ، ويقال للمبتاع[3]: استبرئْ لنفسك بحيضة مستقبلة قبل أن تطأ ، ثم لا رد للمبتاع إن ظهر بها حمل ؛ لأن البائع قد تبرأ منه .

---

(١) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

(٢) في ز : من غير حمل ظاهر .

(٣) في ز : ويقال للمستبرئ .

وإن كانت رائعة ولم يطأها البائع فلا يجوز بيعها بالبراءة من حمل غير ظـاهر ، وإن كان البائع قد استبرأها ، ويفسـخ البيـع ولا بـد فيـها مـن المواضعـة ، وإن كـانت بينـة الحمل جاز تبري البائع من الحمل إن لم يكن منه ، وجاز فيها النقد .

[في حكم تصديق الأمة والحرة في حيضة الاستبراء]

ولا تصدق الأمة في حيض الاستبراء إن ادعت الحيض ، ولا في السقط حتى يراهـا النساء ، ولا أزيل ما ثبت من العهدة بقولها ، والحرة في ذلك مصدقة ولا ينظر إليـها [أحد][1] ؛ لأن الله سبحانه ائتمنها عليه .

[في المواضعة وعهدتها وتبرُّؤ البائع في العقدة من الحمل]

[2] وأحب المواضعة على يدي النساء[3] ، أو رجل له أهل ينظرونها .

وأكره ترك المواضعة وائتمان المبتاع على الاستبراء ، فإن فعلا أجزأهما إن قبضها[4] على الأمانة ، وهي من البائع حتى تدخل في أول دمها ، فإن قبضها على شرط الحيازة وسقوط المواضعة كالوخش ولم يشترط الاستبراء في المواضعة ، أو جهلا وجه المواضعـة فقبضها كالوخش ولم يتبرأ البائع من حمل ، لم يفسد البيـع ولزمـهما حكـم المواضعـة ، فإن هلكت في أمد لا يكون فيه استبراء فهي من البائع ، وإن هلكـت بعـد مـدة يكـون فيها استبراء فهي من المبتاع .

---

(١) سقطت من ق .

(٢) في ك زيادة ليست في باقي النسخ وهي : قال مالك ـ رحمه الله ـ : ومـن اشـترى جاريـة مـن عليـة الرقيق .

(٣) في ك : وأحب إلي أن تكون مواضعتها على يدي النساء .

(٤) في ز : قبضهما .

وإن تبرأ البائع في العقدة[1] من الحمل وليس بظاهر وشرط قبضها كوخش الرقيق وزعم أنه لم يطأ وهي رائعة فسد البيع ، وهي من المبتاع من يوم قبضها ، وترد إلا أن يفوت فيلزم المبتاع قيمتها يوم القبض أقامت عنده مدة الاستبراء أو يوماً أو يومين .

ولو أقر البائع بوطئها ولم يدّع الاستبراء وتبرأ من الحمل وشرط ترك المواضعة ، فهذا أيضاً فاسد[2] ، فإن هلكت في مدة لا يكون فيها استبراء فهي من البائع ، وما ولدت فهو به لاحق ولا ينفعه شرطه .

وإن هلكت بعد مدة يكون فيها استبراء فهي من المبتاع[3]، وعليه قيمتها يوم [جعلناها][4] تحيض في مثله ؛ لأن من ذلك اليوم وجب عليه ضمانها ، ولا ينفعه إن ادعى أنها لم تحض .

[في الرجل يبتاع الأمة قد تزوجها قبل أن يدخل بها ثم يبيعها قبل أن يطأها]

[ومن][5] اشترى زوجته قبل البناء أو بعده لم يستبرئ ، وإن ابتاعها قبل البناء ثم باعها قبل أن يطأها أو بعد أن وطئ فليستبرئ المبتاع بحيضة ، وكذلك إن ابتاعها بعد البناء ثم باعها بعد أن وطئها ؛ لأن وطأه فسخ لعدتها منه .

---

(١) في ز : في العهدة .

(٢) في ز : بيع فاسد .

(٣) في ز : من البائع .

(٤) سقطت من ز .

(٥) سقطت من ز .

ولو باعها قبل الوطء هاهنا لم تحل له إلا بحيضتين عدة فسخ النكاح ، وكذلك لو طلقها بعد[1] البناء واحدة ثم ابتاعها في العدة [فوطئها بعد الشراء][2] ثم باعها ، [فإن كان قد وطئها بعد الشراء استبرأها مشتريها منه بحيضة][3] ، وأما إن باعها ولم يطأها فحيضتان من يوم طلاقه يحلها .

وإن باعها بعد حيضة لم تحل إلا بعد حيضة ثانية ، ولو باعها بعد انقضاء العدة فاستبراؤها حيضة ، كان الطلاق واحدة أو ثلاثاً[4] .

[في استبراء الأمة تتزوج أو تباع بغير إذن سيدها]

وإن تزوجت [أمة][5] بغير إذن سيدها ففسخ النكاح بعد البناء لم يمسها إلا بعد حيضتين ؛ لأنه استبراء من نكاح يلحق فيه الولد ولا عدة .

ومن باع أمة بغير أمر[6] ربها ، ثم أجاز البيع بعد أن حاضت عند المبتاع أجزأه كالمودعة .

---

(١) في ز : قبل .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ز .

(٤) في ز : وطئها قبل الاستبراء أو بعده . وفي ك وردت زيادة بعد (ثلاثاً) وهي : وطئها قبل الشراء أو بعده .

(٥) سقطت من ك .

(٦) في ز : إذن .

[في الأب يطأ جارية ابنه وحكم استبرائها]

ومن وطئ جارية ابنه فقومت عليه ، فليستبرئها[1] إن لم يكن الأب قد عزلها عنده فاستبرأها .

وقال غيره : لا بد أن يستبرئها[2] لفساد وطئه ، وإن كانت مستبرأة عند الأب .

قال ابن القاسم : وكل وطء فاسد فلا يطأ فيه حتى يستبرئ .

[في تزويج الرجل لأمته التي وطئها أو لم يطأها]

[3] وللرجل أن يزوج أمته التي لا يطؤها بغير استبراء ، ولا يزوج أمة قد وطئها إلا بعد حيضة .

قيل لمالك : أفلا يزوجها ويكف عنها زوجها حتى تحيض ؟ قال : لا .

فإن زوجها وقد وطئها قبل أن تحيض حيضة ثم لم يطأها الزوج حتى حاضت ، فالنكاح مفسوخ .

---

(١) أي فليستبرئها الواطئ الذي هو الأب إن لم يكن قد استبرأها قبل الوطء ، فإن كان قد عزلها عنده قبل الوطء حتى استبرأها فلا يلزمه استبراؤها ثانية ، هذا هو المشهور في المذهب ، أما قول الغير أنه لا بد من استبراء الأب لها ثانية بعد أن تقوم عليه ؛ لأن وطأه الأول فاسد لكونه متعد به . فهذا خلاف المشهور وعليه الأقل ؛ لأن ماء الأب ينبغي أن يصان عن الفساد في هذه = = الحالة لما له في مال ابنه من شبهة قوية يشهد لها حديث : « أنت ومالك لأبيك » ، والغير هنا قيل المراد به : سحنون نفسه ، وقيل : غيره . انظر : منح الجليل (٤/٣٥٨) ، حاشية الدسوقي (٢/٤٩٦) ، التقييد (٣/١٢١) .

(٢) في ك و ز و هـ : يستبرئ .

(٣) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

[في ارتباط جواز النكاح بجواز الوطء وما يستثنى من ذلك]

ولا يجوز نكاح إلا حيث يجوز الوطء ، إلا في دم النفاس أو دم حيض من غير معتدة أو من دخلت من المعتدات في الحيضة الثالثة في الحرة ، أو الثانية في الأمة ، فإن النكاح يجوز في ذلك ولا توطأ[١] حتى تطهر .

[في استبراء الأمة الزانية والرائعة والوخش إذا بيعتا]

ومن زنت أمته لم يطأها ولم يزوجها إلا بعد حيضة .

ومن ابتاع أمة رائعة أقرّ البائع بوطئها أو لم يقر ولم يجحد ، [لم يزوجها][٢] حتى تخرج من الاستبراء ، إذ يلحق بالبائع ما تأتي به من ولد إن ادعاه ، ومن باع أمة من وخش الرقيق ولم يطأها وتبرأ من الحمل إن كان بها ، فلا يطأها المبتاع حتى تحيض ، وله أن يزوجها قبل أن تحيض إن لم يكن بها حمل ظاهر كما كان لبائعها .

[في حكم تزويج البائع أو المشتري للأمة المبيعة قبل الاستبراء]

وإذا جاز للبائع أن يزوج أمته قبل أن يستبرئها جاز ذلك للمبتاع إذا قبضها وقبلها بعد الشراء ، وإن لم يكن ذلك للبائع كان المبتاع مثله .

قيل [لمالك :][٣] فإن كانت رائعة فابتاعها وتواضعاها أيجوز للمبتاع أن يزوجها ؟ قال : إذا قال البائع : لم أطأها ، فإن [كان][٤] حمل فليس مني ، ولم يتبرأ

---

(١) في ق : ولا يطؤها .

(٢) سقطت من ك ، وفي ز : لم يزوجها إلا بعد حيضة حتى تخرج . . .

(٣) سقطت من ك و هـ .

(٤) سقطت من ك .

من الحمل[1] جاز البيع ، وللمبتاع قبولها في المواضعة قبل محيضها على الرضا بالحمل إن كان بها ، ولا يجوز ذلك في أصل التبايع[2] ، وله أن يزوجها مكانه قبل أن يستبرئها كما كان للبائع ، ويحل للزوج وطؤها مكانه .

[في الذي يبيع أمة رائعة قد ظهر بها حمل فيقبلها المبتاع]

ومن باع أمة رائعة مثلها يتواضع للاستبراء ، فظهر بها حمل فقبلها المبتاع به ، فذلك له ، وهو كعيب حدث بها ، وليس للبائع ردها إلا أن يدعي أن الحمل منه .

[في استبراء الأمة المطلقة والمعتدة من وفاة ، وكيف لو استرابت]

[3] ومن ابتاع أمة ذات زوج فطلقت قبل البناء فلا بد له من حيضة . ومن اشترى أمة معتدة من وفاة زوج فحاضت قبل تمام شهرين وخمس ليال لم يطأها حتى تتم عدتها ، فإن انقضت عدتها أجزتها من العدة والاستبراء .

وإن تمت عدتها ولم تحض بعد البيع انتظرت الحيضة ، فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر وأحست من نفسها [ريبة][4] انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم الشراء ، فإن زالت الريبة قبلها حلت ، وإن ارتابت بعدها بحس البطن لم توطأ حتى تذهب الريبة .

---

(١) في المدونة : « ولم يتبرأ من الحمل إلى المشتري ويقول له : إن كان حمل منك ، فالبيع جائز » ، قلت : كأنه يقصد بالتبري إلصاق الحمل بالمشتري ، ولا يكتفي فيه بمجرد نفي كونه منه . انظر : المدونة (٣/١٣٥) .

(٢) في ك زيادة وهي : فإذا قبلها جاز ، وله أن يزوجها .

(٣) في ك : قال مالك .

(٤) سقطت من ز و ق .

قال سحنون : وقد روي عن مالك اختلاف في التي تُشترى وهي ممن تحيض فرفعتها حيضتها بعد الشراء . فروى عنه ابن وهب : أنها تستبرأ بتسعة أشهر ، وروى عنه ابن غانم[1]: أنها إذا مضى لها ثلاثة أشهر دعي لها القوابل ، فإن قلن : لا حمل بها ، فقد حلّت .

قال أشهب : وهذا أحب إليّ[2] ؛ لأن رحمها يبرأ بثلاثة أشهر كما يبرأ بتسعة أشهر ؛ لأن الحمل يتبين في ثلاثة أشهر .

قال ابن القاسم : ومن اشترى [أمة][3] معتدة من طلاق وهي ممن تحيض ، فارتفعت حيضتها فإذا مضت سنة من يوم الطلاق وليوم الشراء ثلاثة أشهر فأكثر حلت .

[فيمن وطئ أمة متى يجوز له أن يطأ من لا يجوز له جمعها معها من قرابتها]

ومن وطئ أمة بالملك[4] ثم ابتاع أختها أو عمتها أو خالتها ، لم يطأ الثانية حتى

(١) هو عبد الله بن عمر بن غانم بن شرحبيل أبو عبد الرحمن الرعيني الأفريقي القاضي الفقيه ، قال ابن عمران : كان كاملاً متكاملاً فصيحاً حسن البيان جيد الترسيل . وكان مالك يجله ، وإذا جاء أقعده إلى جانبه ، ويسأله عن أخبار المغرب . ولد سنة (١٢٨هـ) ، وتوفي في ربيع الآخر سنة (١٩٠هـ)، وقيل سنة (١٩٦هـ) . انظر : ترتيب المدارك (٦٥/٣ - ٧٩) رياض النفوس (٢١٥/١ - ٢٢٩) ، معالم الإيمان (٢٨٨/١ - ٣١٣) .

(٢) وما استحبه أشهب هو القول المعتمد في المذهب ، وهو أيضاً قول ابن القاسم ، فقد روي عن مالك مثل رواية ابن غانم . فإن ارتاب النساء وشككن في حملها فاستبراؤها تسعة أشهر على رواية ابن وهب ، وإلى هذه المسألة أشار خليل بقوله : « ونظر النساء فإن ارتبن فتسعة » . انظر : منح الجليل (٣٥٢/٤) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤٩٤/٢) .

(٣) سقطت من ز و ق .

(٤) في ز : بملك اليمين .

يحرم فرج الأولى ، فإن وطئها وقف عن معاودة كل واحدة منهما حتى يحرم فرج واحدة[1] ، فإن حرم فرج الثانية أقام على وطء الأولى ، فإن حرم فرج الأولى لم يطأ الثانية حتى يستبرئ لفساد وطئه ، وليحرم إحداهما ببيع أو نكاح أو عتق إلى أجل ، أو بما تحرم به عليه .

وإن ظاهر منها لم تحل له أختها إذ له الكفارة ، وكذلك إن باعها من عبده أو ابنه [الصغير][2] أو يتيم في حجره إذ له الاعتصار والانتزاع بالبيع ، وكذلك إن زوجها[3] تزويجاً لا يقران عليه ، أو باعها من أجنبي بيعاً فاسداً ، إلا أن تفوت في البيع الفاسد فتحل له أختها .

وإن باعها وبها عيب حلت له أختها ، وهو بيع تام حتى تُرَدَّ به[4]. فإن أُسِرت أو أبقت إباق إياس حلت له أختها ، وإن اشترى أختين وطئ أيتهما شاء ، فإن وطئهما[5] ثم باعهما ثم اشتراهما في صفقة [واحدة][6]، وطئ أيتهما شاء .

وإن وطئهما ثم باع واحدة أو زوجها فلم يمس الباقية[7] حتى رجعت تلك إليه ، فلا يطأ إلا الباقية لا الراجعة .

---

(١) في ك : فرج واحدة منهما .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ز و ق : تزوجها .

(٤) في ز و هـ : يردها .

(٥) في هـ : فإن وطئ الجميع .

(٦) سقطت من ز و هـ .

(٧) في هـ : الثانية .

وإن وطئ إحداهما ثم باعها ثم وطئ الباقية[1] ، أو باع أمة وطئها ثم اشترى أختها فوطئها ، ثم اشترى في الوجهين تلك [المبيعة][2] ، فلا يطؤها حتى يحرم فرج الأخرى ، ولو لم يكن وطئ الباقية حتى اشترى المبيعة وطئ أيتهما شاء . وفي كتاب النكاح [الثالث][3] من هذا المعنى .

[في استبراء الأمة الموطوءة قبل البيع ، ومواضعة الرائعة]

[4] ومن وطئ أمته فلا يبيعها حتى يستبرئها ، ثم لا بد إن باع الرائعة من المواضعة كان قد استبرأها أم لا ، والحيضة فيها تجزي المتبايعين .

ولو أن من وضعت على يديه تولاها بعد أن حاضت [عنده][5] تلك الحيضة ولم تخرج من يديه أجزته ووطئ مكانه ، كالمودَعة أو الشريك تحيض عنده ثم يبتاع حصة شريكه .

ولو وطئها البائع ولم يدع استبراء لم يجز له بيعها بالبراءة من الحمل ، كانت رائعة أم لا ، ولا بد فيها من المواضعة وقد تقدم هذا .

[في اشتراط النقد في بيع الأمة التي تستبرأ واشتراط مواضعة الثمن فيها]

ومن ابتاع جارية وهي ممن تستبرأ لم يجز اشتراط النقد في عقدة البيع فيها، وضعت

---

(١) في هـ : الثانية .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقطت من ز و هـ و ق . وقد تقدم كتاب النكاح الثالث في بداية هذا الجزء .

(٤) في ك : قال مالك .

(٥) سقطت من ز .

على يدي المبتاع أو على يدي أجنبي ، واشتراط النقد فيها يفسد البيع ، فإن لم يشترط النقد في العقد ثم تبرع المبتاع بعقد الثمن في المواضعة جاز ذلك ، ولا بأس أن يشترطا مواضعة الثمن ، فإن هلك قبل محيضها ارتقبت ، فإن خرجت من الاستبراء فهو من البائع ، وإن لم تخرج حتى هلكت أو ظهر بها حمل فهو من المبتاع .

[في استبراء اليائسة ومن لا تحيض ، وما يحدث في المواضعة من عيب]

قال مالك : وأحب ما سمعت [إليّ][1] في التي لم تحض أو اليائسة من المحيض إذا بيعت ، أن تستبرأ بثلاثة أشهر إذ لا يبرأ رحم في أقل من ذلك[2] .

وإن كانت ممن تحيض استبرأها بحيضة ، فإن رفعتها حيضتها انتظرت ثلاثة أشهر إلا أن ترتاب فتسعة أشهر ، فإن زالت الريبة قبل التسعة حلت ، وإن تمادت بعدها لم توطأ حتى تذهب الريبة[3] .

وإن تأخر حيض الأمة في البيع لمرض حدث بها بعد البيع[4] فرضيه المبتاع أجزتها ثلاثة أشهر .

وكلما حدث بها في المواضعة من مرض أو هلاك أو داء أو عيب أو غيره فمن البائع حتى ترى حيضة مستقيمة ، والمبتاع بالخيار في حدوث العيب في قبولها به بجميع الثمن أوردها ، فإن قبلها المبتاع فلا حجة للبائع .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ز : في أقل من ثلاثة .

(٣) وذهاب الريبة يتم بانتظارها أكثر مدة الحمل على ما تقدم ، واختلف في أكثر مدة الحمل ، والراجح في المذهب أنها خمس سنوات . وقد تقدم هذا أيضاً .

(٤) في ز و ك و هـ : بعد العقد .

[حكم الاستمتاع بالجارية في أيام الاستبراء ، وما ينقصها بذلك ، وإلحاق الولد]

[1] ولا ينبغي للمبتاع أن يطأ في الاستبراء أو يقبل أو يجس أو ينظر للذة ، ولا بأس أن ينظر لغير لذة .

وإن وطئ المبتاع الأمة في الاستبراء قبل الحيضة نكل[2] إن لم يعذر بجهل ، حاضت بعد ذلك أو لم تحض .

وإن افتضها وهي بكر في الاستبراء ثم حدث بها عيب قبل الحيضة بذهاب جارحة أو حمى أو داء ، فله ردها بذلك ، فإن ردها به رد ما نقصها الافتضاض ، وإن لم ينقصها فلا غرم عليه ولا صداق إلا في الحرة .

وأما الأمة فهي كسلعة ، فعلى واطئها غصباً ما نقصها الوطء كانت ثيباً أو بكراً .

وإن وطئها المبتاع في الاستبراء فوضعت لستة أشهر من يوم وطئها ، فإن كان البائع يطؤها دُعي للولد القافة ، فإن ألحقته[3] بالمبتاع كانت له أم ولد .

ولو وضعته لأقل من ذلك فسخ البيع وأُلحق بالبائع إذا أقر بالوطء ، وينكل المبتاع حين وطئ في الاستبراء ، وإن أنكر البائع الوطء كان الولد لِغَيَّة[4] .

---

(١) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

(٢) نكل : أي عوقب ـ كما سبق ـ .

(٣) في ق : لحق .

(٤) لغيّة أي : لغير نكاح ، أو لزِنْيَة ـ كما تقدم شرحه ـ واللام فيه للجر وليست من الكلمة . انظر : منح الجليل (٤٠٨/٣) ، القاموس (١٣٢٠) ، التقييد (١٨٥/٢) .

وكذلك إن كانت بكراً والبائع ينفي الولد فإنه يكون لِغَيَّة ، [ويخير][1] المبتاع في قبولها وردها مع ما نقص وطؤه للبكر أو الثيب إن نقصها شيء ، وإلا فلا غرم عليه ، وعليه العقوبة إن لم يعذر بجهل .

ولو استلحقه البائع لحق به وفسخ البيع ، وصارت له أم ولد .

وإن قال البائع : كنت أفخذ ولا أنزل وولدها ليس مني ، لم يلزمه .

وإن قال : كنت أطأ في الفرج وأعزل ، فأتت لمثل ما يجيء به النساء من يوم وطئها لزمه الولد .

تم كتاب الاستبراء

* * *

* *

*

(١) سقطت من ك .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب العتق الأول[1] ﴾

[في العتق باليمين والوصية به ونذره]

قال ابن القاسم : التدبير[2] والعتق بيمين مختلف[3] ؛ لأن العتق بيمين إذا حنث عتق عليه ، إلا أن يجعل حنثه بعد موت فلان ، أو بعد خدمة العبد إلى أجل كذا فيكون كما قال ، والأيمان بالعتق من العقود التي يجب الوفاء بها .

والوصية بالعتق عدة إن شاء رجع فيها ، فمن أَبَتَّ عتق عبد ، أو حنث بذلك في يمين ، عَتَقَ عليه بالقضاء ، ولو وعده بالعتق أو نذر عتقه لم يقض بذلك عليه وأمر بعتقه .

[فيمن قال لعبد : إن اشتريتك أو بعتك فأنت حر ، فباعه أو اشتراه]

ومن قال لعبد : إن اشتريتك أو ملكتك فأنت حر ، فاشتراه أو بعضه عتق عليه جميعه ، ويُقوّم عليه نصيب شريكه ، وإن اشتراه بيعاً فاسداً أُعتق عليه ولزمته قيمته ، ورد الثمن إليه ، كمن ابتاع عبداً بثوب فأعتقه ثم استحق الثوب ، فعليه قيمة العبد .

---

(١) العتق معناه : زوال الملك ، ومنه سميت الكعبةُ البيتَ العتيق ؛ لأنها لا يملكها أحد من الجبابرة ، وللعتق معان أخرى في اللغة . أما العتق شرعاً فقد عرّفه ابن عرفة بأنه : « رفع ملك حقيقي لا بِسِبَاء محرم عن آدمي حي » انظر : المصباح (٣٩٢)، شرح حدود ابن عرفة (٧٢٣) .

(٢) سيأتي حد التدبير في كتاب التدبير .

(٣) في ك : مختلفان . وفي ق : مختلف فيهما . وفي ز : مختلف فيه . والمثبت من هـ ، وهو الموافق لما في المدونة .

ومن قال لعبده[1]: إن بعتك فأنت حر ، ثم باعه ، عتق على البائع ورد الثمن ، قال ابن شبرمة[2]: كما لو قال : إذا مت فعبدي فلان حر .

قال مالك : ولو قال رجل مع ذلك : إن ابتعتك فأنت حر ، فابتاعه ، فعلى البائع يعتق[3]؛ لأنه مرتهن بيمينه .

[فيمن قال : كل مملوك له حر]

ومن قال : كل مملوك له حر في غير يمين ، أو في يمين حنث بها ، عتق عليه عبيده ومدبروه ومكاتبوه وأمهات أولاده ، وكل شقص له في مملوك ، ويقوّم عليه بقيته إن كان مليئاً ، ويعتق عليه أولاد عبيده من إمائهم ، ولدوا بعد يمينه أو قبل[4]، وأما عبيد عبيده وأمهات أولادهم ، فلا يعتقون ويكونون لهم تبعاً .

[فيمن قال لعبد غيره : أنت حر ، أو أمة غيره : إن وطئتك فأنت حرة]

ومن قال لعبد غيره : أنت حر من مالي ، لم يعتق عليه وإن قال سيده : أنا أبيعه منه ، إلا أن يقول : إن اشتريته أو ملكته فهو حر ، فهذا إن اشتراه أو ملكه عتق عليه .

---

(١) في ز : لعبد .

(٢) ابن شبرمة : هو أبو شبرمة عبد الله بن شبرمة الضبي القاضي ، فقيه الكوفة ، قال أحمد العجلي : كان عفيفاً صارماً عاقلاً يشبه النساك ، شاعراً جواداً ، روى عن أنس والتابعين ، توفي سنة مائة وأربعة وأربعين . انظر : شذرات الذهب (٢/٢٠٥) .

(٣) صورة هذه المسألة ـ كما في المدونة ـ بتفصيل أكثر أن يقول رجل لرجل : إن اشتريت عبدك فلاناً فهو حر ، فيقول له سيد العبد : وإن بعتكه فهو حر ، فباعه سيده من الحالف . قال مالك : هو حر من الذي قال : إن بعتكه ؛ لأن الحنث قد وقع ، والبيع معاً ، وقد كان مرهوناً باليمين قبل البيع بما عقد فيه قبل أن يبيعه . انظر : المدونة (٣/١٥١) .

(٤) في هـ : قبل يمينه أو بعد يمينه .

ومن قال لأمة غيره : إن وطئتك فأنت حرة ، فابتاعها فوطئها ، لم تعتق عليه إلا أن يريد إن اشتريتك فوطئتك ، وكذلك قوله : إن ضربتك .

[فيمن قال : كل مملوك أملكه في المستقبل فهو حر من غير يمين أو في يمين حنث بها]

ومن قال : كل مملوك أو جارية أو عبد أشتريه أو أملكه في المستقبل فهو حر ، في غير يمين أو في يمين حنث بها ، فلا شيء عليه فيما يملك أو يشتري ، كان عنده يوم حلف رقيق أم لا ، إلا أن يعيِّن عبداً أو يختص جنساً أو بلداً ، كقوله : من الصقالبة[1] أو من البربر أو من مصر أو الشام أو إلى ثلاثين سنة ، فيلزمه ذلك ، وهذا كمن عمّ أو خصّ في الطلاق .

[فيمن قال : إن دخلت هذه الدار أبداً فكل مملوك أملكه حر]

ومن قال : إن دخلت هذه الدار أبداً فكل مملوك أملكه حر ، فدخلها ، لم يلزمه العتق إلا فيما ملك يوم حلف ، فإن لم يكن له يومئذ مملوك فلا شيء عليه فيما يملك قبل الحنث أو بعده .

قال أشهب : ولو قال : إن دخلت هذه الدار فكل مملوك أملكه أبداً حر ، [فدخلها لم يعتق عليه ما عنده من العبيد[2] ؛ لأنه إنما أراد ما يملك في المستقبل ، كما لو قال :][3] كل مملوك أملكه أبداً

---

(١) الصقالبة : نوع من النصارى ، سبق تعريفهم في كتاب الجهاد .

(٢) قال ابن يونس في قول أشهب هنا : وليس هذا خلاف ما تقدم من رواية ابن القاسم ؛ لأن ابن القاسم إنما أوقع الأبد على الدخول ، وأشهب أوقعه على الملك . انظر : التقييد (٣/٥٤)، منح الجليل (٩/٣٨٥) .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

حر ، وكل امرأة أتزوجها أبداً طالق[1] ، فلا شيء عليه فيما عنده من عبد أو زوجة .

[في الذي يقول : كل عبد أشتريه من الصقالبة حر ، أو : إن فعلت كذا أبداً فكل مملوك أملكه من الصقالبة حر]

قال ابن القاسم : وإن قال : كل عبد أشتريه من الصقالبة حر ، فأمر غيره فاشتراه له ، عتق عليه ؛ لأنه إذا اشتراه بأمره فكأنه هو الذي اشتراه ، وكذلك لو قبله من واهب لثواب ، عتق عليه حين قبوله إياه قبل أن يثيب منه سمّى ثواباً أم لا ، ويلزمه ما سموا من الثواب ، وإن لم يسموه فعليه قيمته ، إلا أن يرضى الواهب بدونها ؛ لأن الهبة للثواب بيع ، وإن كان لغير ثواب أو صدقة أو ميراث ، فإن نوىٰ في قوله : أشتريه ، يريد الملك ، حنث .

وإن نوى الاشتراء أو لم تكن له نية ، لم يحنث وهو على الشراء حتى ينوي الملك .

وإن قال : إن فعلت كذا أبداً فكل مملوك أملكه من الصقالبة حر ، ففعل ، لزمه العتق إن حنث في كل ما يملكه من الصقالبة بعد يمينه من يوم حلف ، إلا أن يكون نوى ما يملك من يوم حنث ، فله نيته .

[فيمن قال : إن كلمت فلاناً فعبدي حر]

ومن قال : إن كلمت فلاناً فعبدي حر ، فباعه هو أو أفلس فباعه عليه الإمام ، ثم كلم فلاناً ثم ابتاع العبد ، لم يحنث بذلك الكلام ، وإن كلمه

---

(١) قول أشهب ورد في ق هكذا : قال أشهب : ولو قال : إن دخلت هذه الدار فكل مملوك أملكه أبداً ، حر ، أو كل امرأة أتزوجها أبداً طالق .

بعد شرائه حنث ، وإن كلمه بعد أن ورث العبد لم يحنث ؛ إذ لا يقدر على دفع الميراث .

قال غيره[1]: شراؤه بعد بيع السلطان كميراثه إياه لارتفاع التهمة .

قال ابن القاسم : ولو قبله بهبة أو صدقة أو وصية ثم كلم فلاناً عتق عليه ، ولو كاتبه ثم كلم فلاناً عتق عليه ، فإن كاتبه مع غيره كتابة واحدة ثم كلم فلاناً لم يعتق إلا برضى صاحبه ، كما لو ابتدأ عتقه .

ولو باع العبد ثم اشتراه من تركة من يرثه ثم كلم فلاناً ، فإن كان العبد قدر ميراثه أو أقل ، لم يعتق عليه ، وإن كان أكثر من ميراثه عتق عليه كله .

[في الذي يحلف بحرية شقص له في عبد]

ومن حلف بحرية شقص له في عبد إن فعل كذا فابتاع باقيه ثم حنث ، عتق عليه جميعه ، ولو لم يبتع باقيه حتى حنث عتق عليه شقصه ، وقوم عليه باقي العبد ، إن كان مليئاً وعتق .

ولو باع شقصه من غير شريكه ، ثم اشترى شقص شريكه ثم فعل ذلك ، لم يحنث ، وهو كعبد آخر .

[فيمن قال : إن كلمت فلاناً ـ أو : يوم أكلمه ـ فكل مملوك لي حر]

ومن قال : إن كلمت فلاناً أو يوم أكلمه فكل مملوك لي حر ، ثم كلمه ، عتق عليه ما عنده من عبد يوم حلف ، ولا شيء عليه فيما اشترى بعد يمينه ، وكذلك إن

---

(١) المراد بالغير هنا : أشهب . وقول ابن القاسم في هذه المسألة مثل قول مالك . انظر : المدونة (٣/١٥٧) ، النوادر والزيادات (١٢/٤٩٣) .

لم يكن عنده يوم حلف عبد فلا شيء عليه فيما يشتري بعد ذلك[1] ، وكذلك في اليمين بالطلاق والصدقة .

[فيمن حلف بعتق : إن فعلت كذا ، أو لا أفعل ، أو إن لم أفعل ، أو لأفعلن]

ومن حلف بعتق إن فعلت كذا ، أو لا أفعل كذا ، فهو على بر ، ولا يحنث إلا بالفعل ، ولا يمنع من بيع ولا وطء ، وإن مات لم يلزم ورثته عتق .

وإن قال : إن لم أفعل كذا ، أو لأفعلن ، فهو على حنث ، يمنع من البيع والوطء ، ولا أمنعه من الخدمة ، فإن مات قبل الفعل عتق رقيقه في الثلث ؛ إذ هو حنث وقع بعد الموت .

[فيمن حلف بعتق أمته ، أو طلاق زوجته إن لم تفعلا كذا ، أو علق ذلك على فعل فلان]

وإن قال لأمته : إن لم تدخلي أنت الدار أو تفعلي كذا ، فأنت حرة ، أو لزوجته : فأنت طالق ، أو قال : إن لم يفعل فلان كذا فعبدي حر ، وزوجتي طالق ، منع[2] من البيع والوطء ، وهو على حنث ، ولا يضرب له في هذا أجل الإيلاء في المرأة ، وإنما يضرب له ذلك في يمينه ليفعلن هو ، فأما هذا فإن الإمام يتلوم له بقدر ما يرى أنه أراد من الأجل في تأخير ما حلف عليه ، وتوقف لذلك الزوجة أو الأمة أو الأجنبي ، فإن لم يفعلوا ذلك أُعتق عليه وطُلق ، إلا أن يريد إكراه الأمة على ما يجوز له من دخول دار أو غيره ، فله إكراهها ويبر .

ولو مات الحالف في التلوم مات على حنث وأعتقت الأمة في الثلث ، وترثه

---

(١) في هـ : فلا شيء عليه فيما يشتري بعد يمينه .

(٢) في ك : منع أيضاً .

الزوجة ، وقال أشهب : لا تعتق الأمة بموته في التلوم[1]. وإن قال لزوجته : إن لم أتزوج عليك أو أفعل كذا ، فأنت طالق ، فهو على حنث ، ويتوارثان قبل البر ؛ إذ لا تطلق ميتة ، ولا يوصى ميت بطلاق .

وللحالف بالعتق ليضربن عبده ، أن يضربه فيبر ، إلا ضرباً لا يباح مثله ، فإني أمنعه منه ، ويعتق عليه مكانه .

قال ربيعة : وإن حلف بحرية عبده ليجلدنه مائة سوط ، فليوقف[2] لا يبيعه حتى ينظر أيجلده أم لا[3].

قال ربيعة ومالك : وإن حلف ليجلدنه ألف سوط عجلت عتقه ، ولا أنتظر به ذلك .

قال مالك : وإن حلف بحرية أمته ليضربنها ضرباً يجوز له ، مُنع من البيع والوطء حتى يفعل ، فإن باعها نقض البيع ، فإن لم يضربها حتى مات ، عتقت في ثلثه .

---

(١) ابن القاسم في هذه المسألة جعل أجل السلطان مثل أجل الحالف لنفسه ، وأشهب لم يجعل ذلك ، وقد تقدم مثل هذه المسألة في كتاب الإيلاء ، وتقدم أن المعتمد مذهب ابن القاسم . وانظر : التقييد (٣/٥٧) .

(٢) في ق : فليوقفه .

(٣) ربيعة هنا جعل ضرب مائة سوط من الضرب المباح الذي ليس فيه كبير ضررعلى العبد ، لذلك قال بتوقيفه حتى ينظر أيجلده أم لا ، بخلاف ما لو حلف ليجلدنه ألف سوط ، فإنه يعتق عليه في الحال ؛ لأنها من الضرب الذي يلحق ضرراً بالغاً بالعبد ، فلا يجوز للسيد فعله ـ كما سيأتي في المسألة التالية ـ ، ومذهب ربيعة في هذا الباب مثل مذهب مالك . قال الزرويلي : الباب كله ليس فيه خلاف . انظر : المدونة (٣/١٦٠)، التقييد (٣/٥٧) .

قال ابن دينار[1]: ينتقض البيع وتعتق عليه ، ولا تنقض صفقة مسلم إلا إلى عتق[2].

[في الذي يضرب أجلاً في يمينه لأفعلن أو إن لم أفعل]

ومن ضرب أجلاً في يمينه لأفعلن ، أو إن لم أفعل ، فهو على بر .

ومن حلف بطلاق امرأته ليفعلن كذا إلى أجل ، لم يُحَلْ بينه وبين وطئها ، فإن فعل ذلك في الأجل بر ، وإن لم يفعله حتى مضى الأجل حنث ، ولو طلقها واحدة فانقضت عدتها قبل الأجل أو صالحها فحل الأجل[3] وليست له بامرأة فحنث ، فإنه إن تزوجها بعد ذلك فلا شيء عليه ؛ [لأنه مات على بر][4].

ولو ماتت في الأجل لم يكن عليه شيء ؛ لأنه مات على بر ، وإن قال : أمتي حرة إن لم أفعل كذا وكذا إلى أجل ، أو إن لم يفعل فلان كذا إلى أجل سماه ، فهو على بر .

قال مالك : ولا يمنع من الوطء في الأجل ، ويمنع من البيع ؛ لأنها مرتهنة بيمين ، ولو باعها رَدَدْتُ البيع ، ولم أقبل منها رضاها بالبيع .

---

(١) هو أبو حازم سلمة بن دينار تقدمت ترجمته ، وقوله هنا ـ كما ترى ـ موافق لقول مالك ، وقد تقدم قول الزرويلي : الباب كله ليس فيه خلاف .

(٢) في ط : إلا إلى عتق ناجز .

(٣) في ق : قبل الأجل . والمثبت من باقي النسخ .

(٤) سقطت من ك و هـ .

وروي لمالك[1] أنه يمنع من وطئها كمنعه من البيع ، فإن كان الفعل في الأجل بر ، وإن حل ولم يفعله هو أو من حلف على فعله ، عتقت عليه ، إلا أن يكون عليه دين فيقضى له بحكم المديان يعتق[2].

ولو مات السيد في الأجل لم تعتق بموته ؛ لأنه مات على بر .

[في الذي يعتق لأجل]

ومن أعتق إلى أجل آت لا بد منه ، منع من البيع والوطء ، وله أن ينتفع بغير ذلك إلى الأجل .

[في البتل وتصرف من أحاط الدين بماله]

ومن بتل[3] عتق عبيده في صحته وعليه دين يغترقهم ولا مال له سواهم ، لم يجز عتقهم ، وإن كان الدين لا يغترقهم بيع من جميعهم مقدار الدين بالحصص لا بالقرعة ، وعتق ما بقي .

وإنما القرعة في عتق الوصايا ، والبتل في المرض ، ولا يجوز لمن أحاط الدين بماله عتق ولا هبة ولا صدقة ، وإن كانت الديون التي عليه إلى أجل بعيد إلا بإذن غرمائه ، ولا يطأ أمة ردوا عتقه فيها ؛ لأن الغرماء إن أجازوا عتقه فيها أو أيسر قبل أن يحدث فيها بيعاً عتقت ، فأما بيعه ورهنه وشراؤه ، فجائز .

---

(١) هذه رواية ابن غانم عن مالك ، والأولى رواية ابن القاسم عنه . ولم أقف على ترجيح بين الروايتين ، وانظر هذه المسألة في التقييد (٥٩/٣) ، وفي شروح مختصر خليل عند قول خليل : « ومنع من وطء وبيع في صفة حنث . . . إلا إلى أجل » . مختصر خليل (٢٧٧) .

(٢) سيبين حكم عتق المديان في المسألة الثانية بعد هذه .

(٣) البتل : هو إنجاز العتق في المرض ، أما في الصحة فالمراد به مطلق إنجاز العتق . انظر : منح الجليل (٥٥١/٩) .

[فيمن حلف بطلاق إحدى زوجاته أو قال : إحدى نسائه طالق ، أو أحد رقيقه حر أو في سبيل الله ونحو ذلك]

ومن حلف بطلاق إحدى زوجتيه فحنث ، أو قال : إحدى نسائي[1] طالق ، فإن نوى واحدة طلقت عليه التي نوى خاصة ، وصدق ، وإن لم تكن له نية أو نوى واحدة فأنسيها[2] طلقن كلهن ، وإن جحد فشُهِد عليه ، كان كمن لا نية له .

ومن قال : رأس من رقيقي حر ، أو قال : أحدهم حر ، ولم ينو واحداً بعينه ، فهو مخير في عتق من شاء منهم ، بخلاف الطلاق ، وهو كقوله : رأس منهم في السبيل أو المساكين ، فهو مخير فيمن شاء ، ولو كانا عبدين فنوى أحدهما ، عتق من نوى ، وصدق في نيته بلا يمين ، ولو قال هذا في صحته ، ثم قال في مرضه : نويت هذا ، صدق وعتق من جميع المال ، إلا أن تكون قيمته أكثر من قيمة الآخر ، فيكون الفضل في الثلث . وقال غيره[3]: بل جميعه خارج من رأس المال .

[في قول العبد : كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة حر ، فعتق هو فابتاع رقيقاً قبل الأجل]

وإذا قال العبد : كل عبد أملكه إلى ثلاثين سنة حر ، فعتق ، ثم ابتاع رقيقاً قبل

---

(١) في ز : إحدى زوجتيَّ . في ك و هـ : إحدى امرأتيَّ .

(٢) في هـ و ط : ونسيها .

(٣) في هامش المدونة (ط دار صادر) ما يفيد نسبة هذا القول إلى مسروق ، وكأنه المراد بالغير هنا . انظر : المدونة (٣/١٦٤) .

الأجل فإنهم يعتقون [عليه][1] ، ولا يعتق عليه ما ملك من العبيد وهو في ملك سيده ؛ إذ لا يجوز عتق العبد لعبيده إلا بإذن سيده ، سواء تطوع بعتقهم ، أو حلف بذلك فحنث ، إلا أن يعتق وهم في يديه فيعتقوا[2] ، وهذا إذا لم يَرُدَّ السيد عتقه[3] حين عتق ، فأما إن رده السيد قبل عتقه وبعد حنثه ، لم يلزمه فيهم عتق ، ولزمه بعد عتقه عتق ما يملك بقية الأجل .

وكذلك أمة حلفت بصدقة مالها ألا تكلم أختها ، فعليها إن كلمتها صدقة ثلث مالها ذلك بعد عتقها إن لم يرد سيدها ذلك حتى عتقت . قيل : فعبد قال : إن اشتريت هذه الأمة فهي حرة ؟ قال : قد نهاه مالك عن شرائها ، وشدد الكراهية[4] فيه ، ولم يذكر أن سيده أمر باليمين[5] .

[في تعليق العتق والطلاق بدخول الدار أو الحب أو البغض أو الكتمان أو التصديق]

ومن قال لأمته : إن دخلت هاتين الدارين فأنت حرة ، فدخلت إحداهما ، فهي حرة .

وإن قال لأمتيه : إن دخلتما هذه الدار فأنتما حرتان ، أو قال لزوجتيه :

---

(١) سقطت من ك و ز .

(٢) في ك و ط : فيعتقون .

(٣) في ك و ز : عتقهم .

(٤) قال الزرويلي : وإنما كرهه مالك إذ للسيد رد عتقه فيها ، وتبقى بيده يطؤها وقد حلف بحريتها إن اشتراها . انظر : التقييد (٣/٦٠) .

(٥) أي فلو كان سيده هو الذي أمره باليمين لكانت الكراهية أولى . انظر : المدونة (٣/١٦٥) .

فأنتما طالقتان ، [فدخلتها][1] واحدة منهما ، فلا شيء عليه حتى تدخلا جميعاً[2][3]. وقال أشهب : تعتق الداخلة فقط .

ومن قال لزوجته : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ، أو لعبده : فأنت حر ، فقالت المرأة والعبد بعد ذلك : قد دخلناها ، أو قال لهما : إن كنتما دخلتما هذه الدار فأنت طالق وأنت حر ، فقالا : قد دخلنا ، أو لم يُقرّا ، ولا يعلم صدقهما ، أو قال لعبده : أنت حر إن كنت تبغضني ، فقال العبد : أنا أحبك ، أو قال له : أنت حر إن كنت تحبني ، فقال : أنا أبغضك ، أو قال : إن كان فلان يبغضني فعلي المشي إلى بيت الله[4]، فقال فلان : أنا أحبك ، أو سأل امرأته عن خبر فقال لها : أنت طالق إن كتمتني ، أو إن لم تصدقيني ، فأخبرته وقالت : قد صدقتك ولم أكتمك ، وهو لا يدري أكتمته ذلك أم صدقته ، فإنه يؤمر في ذلك كله أن يعتق ويطلق ويمشي بغير قضاء[5].

---

(١) سقطت من ك . وفي ز : فدخلت إحدهما .

(٢) في ط : جميعاً أو لم يقولا .

(٣) هذا قول ابن القاسم هنا في كتاب العتق ، وهو خلاف المشهور ، وقال في العتبية : إنهما تطلقان جميعاً إن دخلتها إحداهما ، وهو قول مالك ، وهو المشهور . وأما قول أشهب هنا بطلاق أو عتق الداخلة منهما فقط ، فقد قال العتبي : إنه لم يقل به أحد من مشرقي ولا مدني وأنه لا يستقيم . قال ابن رشد : لم يختلف قول مالك . . . فيما علمت أن من حلف ألا يفعل فعلين ففعل أحدهما ، أو لا يفعل فعلاً ففعل بعضه أنه حانث من أجل أن ما فعله من ذلك قد حلف ألا يفعله ، إذ هو بعض المحلوف عليه . انظر : البيان والتحصيل (٦/٢٣٧ - ٢٣٨) ، منح الجليل (٣/٥٥) .

(٤) في ك : إلى مكة .

(٥) أي : ولا يقضى عليه بذلك ، وهذه المسألة بجميع فروعها تقدم بعضها في كتاب الأيمان والنذور وبعضها في كتاب الأيمان بالطلاق .

[في الذي ملَّك عبده العتق وفوض إليه فيه]

ومن ملك عبده العتق وفوّض فيه إليه ، فقال العبد : اخترت نفسي ، فإن قال : نويت بذلك العتق ، صدق وعتق ؛ لأن هذا من أحرف العتق ، وإن لم يرد بـه العتـق فلا عتق له .

وقال غيره[1]: يعتق وإن لم يرد به العتق ، كما يكـون ذلـك مـن المملّكـة طلاقـاً وإن لم ترده .

قال ابن القاسم : وإن قال العبد : أنا أدخل الدار ، وقال : أردت بذلك العتق ، فلا عتق له ؛ إذ ليس هذا من حروف العتق .

وقال غيره[2]: إذا قال العبد : أنا أدخل الدار ، أو أذهب ، أو أخـرج ، لم يكـن هذا عتقاً ، إلا أن يريد بذلك العتق فيعتق ؛ لأنه كلام يشبه أن يراد بـه العتـق ، قـال ابن القاسم : وأما إن قال السيد لعبده : ادخل الدار ، يريد بلفظه ذلك العتق ، لزمـه العتق ، بخلاف قول العبد ؛ لأن العبد مدع للعتق إذا جاء بغير حروفـه كـالمرأة تقـول في التمليك : أنا أدخل بيتي ثم تدعي بعد ذلـك أنهـا أرادت بـه الطـلاق ، فـلا يقبـل

(١) الغير هنا يريد به أشهب ، ووجه اشتراط ابن القاسم للنية وتفريقه بين قول العبد : اخترت نفسي وقول الزوجة المملكة : اخترت نفسي ، هو أن اختيار العبد نفسه قد يكون بغـير عتقـه ، كبيعـه أو هبته ، واختيار الزوجة نفسها لا يكون إلا بالطلاق . وقد مشى خليل في مختصره على قـول أشهب في هذه المسألة فقال : « وتمليكه العبد وجوابه كالطلاق » وقال ابن يونس : وقول أشهب أقيس وأحوط للعتق وبـه أقـول . انظـر : مواهـب الجليـل (٦/٣٣٢)، منـح الجليـل (٩/٣٨٨)، مختصر خليل (٢٧٧)، وانظر : التقييد (٣/٦٢) .

(٢) لم أقف على تعيين الغير هنا ، قال الزرويلـي : قـال محمـد : وقـول ابـن القاسـم أصـوب ، وقالـه عبد الملك ابن الماجشون . انظر : التقييد (٣/٦٢) .

قولها ، ثم ليس للمرأة والعبد بعد ذلك خيار ، وإن كانا في المجلس في قولي مالك[1] جميعاً ؛ لأنهما قد تركا ما جعل لهما حين أجابا بغير طلاق ولا عتاق .

والقول فيمن ملّك عبده أو أمته العتق كالقول في تمليك الزوجة أن ذلك في يد المرأة والعبد ما لم يفترقا من المجلس ، فإن تفرقا أو طال المجلس بهما حتى يُرى أنهما قد تركا ذلك أو خرجا من الذي كانا فيه إلى كلام غيره يعلم أنهما تركا لما كانا فيه ، بطل ما جعل في أيديهما من ذلك . وهذا أول قول مالك وبه أخذ ابن القاسم وعليه جماعة الناس ، ثم رجع [مالك][2] فقال : ذلك لها ، وإن قامت من المجلس إلا أن توقف أو تتركه يطؤها طائعة أو يباشرها ونحوه فيزول ما بيدها ، وكذلك قال في العتق[3] .

[في الذي يقول لأمته أو زوجته : ادخلي الدار ، وهو يريد بلفظه ذلك حرية الأمة أو طلاق الزوجة ، أو يريد لفظ الطلاق أو العتق فينطق بلفظ آخر]

ومن قال لأمته أو لزوجته : ادخلي الدار ، وهو يريد بلفظه ذلك حرية الأمة وطلاق الزوجة ، لزمه ذلك ، ومن أراد أن يقول لزوجته : أنت طالق ، أو لأمته : أنت حرة ، فقال لها : ادخلي الدار ، ونحو ذلك لم يلزمه شيء حتى ينوي أن الأمة حرة والزوجة طالق بما تلفظ به من القول قبل أن يتكلم به فيلزمه ، وإن لم يكن ذلك الكلام من حروف الطلاق أو الحرية . وكذلك إن قال لجاريته : أنت برية أو خلية

(١) تقدم ذكر قولي مالك في هذه المسألة في كتاب التخيير والتمليك ، وبينا هناك أن المشهور في المذهب قوله الأول الذي أخذ به ابن القاسم وأنه رجع إليه مالك ثانية ، قال الدسوقي : والوجه الاقتصار عليه . انظر : حاشية الدسوقي (٢/٤١٢) .

(٢) سقطت من ك .

(٣) لكنه رجع مرة ثانية في المسألتين إلى قوله الأول الذي اختاره ابن القاسم ـ كما سبق بيانه ـ .

أو بائن أو بتة ، أو قال لها : كلي أو اشـربي أو تقنعي ، يريـد بذلـك اللفـظ الحريـة فهي حرة .

ومن قال لرجل : أعتق جاريتي فقال لها ذلك الرجـل : اذهـبي ، وقـال : أردت بذلك العتق فإنها تعتق ؛ لأنها من حروف العتق ، وإن قـال : لم أرد بذلـك العتـق ، صُدق .

[في الذي يعتق عضواً من عبده ، أو يقول لـه : أنـت حـر اليـوم ، أو : حـر اليوم من هذا العمل]

ومن قال لعبده : يدك حرة ، أو رجلك حرة ، أُعتق عليه جميعـه ، وكذلـك إن شهدت عليه بينة وهو يجحد ، وإن قال له : أنت حر اليوم ، عتق للأبـد ، وإن قـال له : أنت حـر اليـوم مـن هـذا العمـل ، وقـال : إنمـا أردت عتقـه مـن العمـل ولم أرد الحرية ، صدق في ذلك مع يمينه .

[في السيد يلفظ الحرية ولا يريد بها حرية العتق]

ومـن عجـب مـن عمـل عبـده ، أو مـن شـيء رآه منـه ، فقـال لـه : مـا أنـت إلا حـر ، أو قـال : تعـال يـا حـر ، ولم يـرد بشـيء مـن هـذا الحريـة ، إنمـا أراد بذلك : أنك تعصيني وأنت في معصيتك إياي كـالحر ، فـلا شـيء عليـه في الفتيـا ولا في القضاء .

قـال مـالك في عبـد طبـخ لسيده فأعجبـه طبخـه ، فقـال : إنـه حـر ، فقـامت [عليه][1] بذلك بينة ، أنه لا شيء عليه ؛ لأن معنى قوله أنه حر الفعال[2] .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) انظر : المدونة (٣/١٧٠) .

ولو مر على عاشر[1] فقال : هو حر ، ولم يرد بذلك الحرية ، فلا عتق له فيما بينه وبين الله ، وإن قامت بذلك بينة لم يعتق أيضاً ، إذا علم أن السيد دفع بذلك القول عن نفسه ظلماً .

[في الذي يعتق أو يطلق ويقول : نويت به الكذب أو يقول لرقيقه : لا سبيل لي عليك ، أو : أنت أخي]

ومن قال لعبده : أنت حر ، أو لامرأته : أنت طالق ، وقال : نويت بذلك الكذب ، لزمه العتق والطلاق ولا يُنَوَّى ، وإنما النية فيما له وجه مثل ما وصفنا من أمر العاشر ونحوه .

ومن قال لعبده ابتداء : لا سبيل لي عليك ، أو لا ملك لي عليك ، عتق عليه ، وإن علم أن هذا الكلام جواب لكلام كان قبله ، صدق في أنه لم يرد بذلك عتقاً ، ولم يلزمه عتقه ، ومن قال لأمته : هذه أختي ، أو لعبده : هذا أخي ، فإن لم يرد به الحرية فلا عتق عليه .

[في الذي يهب العتق لعبده أو يتصدق به عليه أو يهب له نصفه أو يأخذ منه مالاً عليه]

ومن قال لعبده : قد وهبت لك نفسك ، أو عتقتك أو تصدقت عليك بعتقك فهو حر ، قبل ذلك العبد أو لم يقبل .

قال غيره[2]: إذا وهبه فقد وجب العتق ، فلا ينظر في هذا قبوله ، مثل

---

(١) العاشر : هو الذي يجلس في الطرقات ليأخذ العشور والمكوس من الناس ، يأخذ ذلك على أمتعتهم وأملاكهم . انظر : التقييد (٦٣/٣).

(٢) لم أقف على تعيين الغير هنا ، وقوله ـ كما ترى ـ موافق لقول مالك وابن القاسم .

[الزوجة][1] في الطلاق[2] إذا وهبها فقد وهب ما كان يملك من الزوجية .

ومن وهب لعبده نصف رقبته أو أخذ منه دنانير على عتق نصفه أو على بيع نصفه من نفسه[3] ، فجميع العبد حر وولاؤه لسيده .

ولو أن عبداً[4] بين رجلين أعتقه أحدهما على مال أخذه من العبد ، فإن أراد

---

(١) سقطت من ز و ك .

(٢) في نسخة الزرويلي من التهذيب : بخلاف الطلاق ، وهو خطأ سلمت منه النسخ التي بين أيدينا ، وبناء على تلك النسخة خطّأ الزرويلي البراذعي فقال في التقييد (٣/٦٤) : « قوله : ومن قال لعبده : قد وهبت لك نفسك إلى قوله : بخلاف الطلاق - كذا نَقْلُ أبي سعيد ، وهو خطأ ، وفي الأم (المدونة) : مثل الطلاق ، وهذا بيّن ؛ لأن الزوج إذا قال لزوجته : وهبتك طلاقك ، لا يفتقر في لزومه إلى قبوله ، ونَقْلُ أبي سعيد يتوهم منه ذلك ، فهو خطأ ، وإنما أراد أن يقول : بخلاف الأموال ، التي يفتقر في هبتها إلى قبول الموهوب ، فغلط فقال : بخلاف الطلاق ».

قلت : وهكذا خطّأ الزرويلي البراذعي بناء على ما في نسخته التي بين يديه ، وهو خطأ قد لا يكون البراذعي في منجاة منه ، فقد وجدت في هامش نسخة ط عند قوله « مثل الطلاق » : « هذا إصلاح والذي اختصر البراذعي بخلاف الطلاق » ، وهذا يعني أن تخطئة الزرويلي للبراذعي في محلها ، وأن الخطأ حصل من البراذعي فعلاً ، وإنما أُصلح في النسخ التي بين أيدينا كما أصلح في ط ، وهذا الذي نرجح ؛ لأن الزرويلي عالم محقق من علماء القرن السابع الهجري ، ونسخته أقرب إلى عهد البراذعي ، بل قد تكون بخط البراذعي ، أو متصلة السند إليه ، ولا يظن بالزرويلي أنه يخطئ البراذعي إلا في شيء صحت لديه نسبته إلى البراذعي ، وليس من أخطاء النساخ . والله تعالى أعلم .

(٣) في ق : أو على بيع نصفه من نفسه ، أو ثلثه من نفسه .

(٤) في ط : وإن عبد .

وجه العتاقة عتق عليه كله ، وغرم حصة شريكه ، ورد المال للعبد ؛ لأن من أعتق عبداً بينه وبين آخر ، واستثنى شيئاً من ماله لزمه عتق العبد كله ، ورد ما استثنى من المال إلى العبد ، وإن علم أنه أراد[1] وجه الكتابة فسخ ما صنع ، ورجع العبد بينهما وأعطى نصف المال لشريكه .

[في الاستثناء في الطلاق والعتق]

وسئل ابن القاسم عمن قال لأمته : أنت حرة إن هويتِ أو رضيتِ أو شئتِ أو أردتِ ، [متى يكون لها ذلك ؟][2] قال : ذلك لها ، وإن قاما من مجلسهما[3] ،

---

(١) ف ط و هـ : ولو علم أنه إنما أراد .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٣) هذا القول منسوب هكذا لابن القاسم في جميع النسخ ، وفي المدونة لم يرد اسم ابن القاسم لكن ظاهرها إن هذا من كلام ابن القاسم جواباً لمسألة سحنون ، إلا أنه تقدم معنا أن ابن القاسم إنما يقول بسقوط التمليك بانقضاء المجلس ، وهو الذي اختاره من قولي مالك ، كما مر معنا في كتاب التخيير والتمليك وفي بداية كتاب العتق ، وكما أشار إليه خليل بقوله : « وأخذ ابن القاسم بالسقوط » ، ولم يرد عنه قول باستمرار ذلك بعد المجلس إلى حين الوطء ، ـ كما هنا ـ وإنما ورد هذا عن مالك ـ كما تقدم ـ ، ولعل الكلام هنا لمالك حكاه عنه ابن القاسم فنسب إلى ابن القاسم ؛ لأنه حاكيه عن مالك ، وقوله هنا : « وأما أنا فلا أرى لها بعد افتراق المجلس شيئاً » من كلام ابن القاسم ، وليس من كلام سحنون ، فيكون الخلاف هنا بين مالك وابن القاسم ، وهو راجع إلى الخلاف في مسالة التخيير والتمليك الذي تقدم معنا ، وقد بينا أن المشهور فيه قول مالك الذي رجع عنه أولاً ، ثم رجع إليه ثانية واختاره ابن القاسم وأخذ به ، وهو سقوط تمليك الطلاق والعتق وتخييرهما بانقضاء المجلس . وهذا الذي به القضاء وعليه جمهور أصحاب مالك ـ رضي الله عنهم ـ ورجع إليه الإمام ثانياً ولم يزل باقياً عليه إلى موته ، فهو الراجح فالأولى الاقتصار عليه كما قال الدسوقي . انظر : المدونة (١٧٢/٣) ، منح الجليل (١٧١/٤) ، حاشية الدسوقي (٤١٢/٢) .

مثل التمليك في المرأة إلا أن تمكنه من وطء أو مباشرة أو قبلة ، فتوقف الجارية لتختار حريتها أو تترك .

ثم قال : وأما أنا فلا أرى لها بعد افتراق المجلس شيئاً ، إلا أن يكون شيء فوضه إليها .

ومن قال : عبيدي أحرار إلا فلاناً ، أو نسائي طوالق إلا فلانة ، فذلك له .

ولو قال : إن شاء الله ، لم ينفعه استثناؤه ، ولزمه العتق والطلاق .

وإن قال : غلامي حر إن كلمت فلاناً إلا أن يبدو لي ، أو إلا أن أرى غير ذلك، فذلك له ، وإن قال : إلا أن يشاء الله ، لم ينفعه ذلك .

وإن قال لامرأته : أنت طالق إن أكلت معي شهراً إلا أن أرى غير ذلك ، فقعدت بعد ذلك لتأكل معه فنهاها ، ثم أذن لها ، فأكلت ، فإن كان هذا الذي أراد وهو مخرج يمينه ، ورأى ذلك فلا شيء عليه . وإن قال لها : أنت طالق إن شئت أو شاء فلان ، لم تطلق عليه حتى ينظر إلى ما تشاء أو يشاء فلان ، ولو قال : إن شاء الله ، لم ينفعه ثنياه ، وطلقت مكانها .

[فيمن أمر رجلين بعتق عبده فعتقه أحدهما ، والذي يملّك أمته وأجنبي عتقها]

ومن أمر رجلين بعتق عبده ، فأعتقه أحدهما ، فإن فوض ذلك إليهما لم يعتق [العبد][1] حتى يجتمعا ، وإن جعلهما رسولين عتق عليه بذلك[2] .

وكذلك إن أمر رجلين أن يطلقا عليه زوجته ، الجواب واحد .

---

(١) سقطت من ط و هـ .

(٢) في ك : كذلك ، وفي ق : لذلك .

قال أشهب وغيره : وكذلك لو ملّك أمته[1] مع أجنبي عتقها ، فلا يعتق حتى يجتمعا على العتق ؛ لأن إلى كل واحد منهما ما إلى صاحبه ، فإن وطئها انتقض الأمر الذي جعل لهما .

[في الذي ينادي على عبد معين بالعتق فيجيبه آخر ، وفي العبد بين الرجلين يعلق أحدهما عتقه على فعل شيء ، ويعلقه الآخر على عدم فعله]

ومن قال : يا ناصح ، فأجابه مرزوق ، فقال له : أنت حر ، يظنه ناصحاً ، فإن قامت بذلك بينة عتقا جميعاً بالقضاء : مرزوق بما شهدت له البينة ، وناصح بإقراره بما نوى فيه في لفظه .

وأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يعتق إلا ناصح إن لم تكن بينة .

قال أشهب : يعتق مرزوق في القضاء والفتيا ، ولا عتق لناصح ؛ لأن الله حَرَمَه[2] .

وإن كان عبد بين رجلين فقال أحدهما : إن كان دخل المسجد أمس فهو حر ،

---

(١) في المدونة : « وكذلك قال أشهب وغيره من كبار أصحاب مالك » فالقول هنا ليس خلافاً ـ كما ترى ـ . انظر : المدونة ١٧٣/٠٣) .

(٢) والقول الثالث قال به أصبغ ، أنه لا يعتق واحد منهما ، وفي المسألة قول رابع : أنه يعتق ناصح دون مرزوق . والمشهور مذهب ابن القاسم هنا أنهما يعتقان معاً ، وقد فرض خليل هذه المسألة في الطلاق فقال : « أو قال : يا حفصة ، فأجابته عمرة ، فطلقها ، فالمدعوة ، وطلقتا مع البينة » قال عليش : فطلقتا أي حفصة المدعوة بقصده طلاقها بالصيغة التي خاطب بها عمرة ، وعمرة بخطابها مع شهادة البينة عليه ، أو إقراره بذلك عند القاضي ، فلو قال (خليل) : في القضاء ، لكان أحسن . انظر : منح الجليل (٤٨/٤) ، التقييد (٦٥/٣) .

وقال الآخر : إن لم يكن دخل المسجد أمس فهو حر ، فإن ادعيا علم ما حلفا عليه [دُيِّنا في][1] ذلك ، وإن قالا : ما نوقن أدخل أم لا ؟ وإنما حلفنا ظناً ، فليعتقاه بغير قضاء . وقال غيره[2]: بل يجبران على عتقه .

[فيما يعتق بالسهم]

ومن أوصى بعتق عبيده أو بتل[3] عتقهم في مرضه ثم مات ، عتق جميعهم إن حملهم الثلث ، وإن لم يحملهم الثلث عتق منهم مبلغه بالسهم ، فإن لم يدع غيرهم عتق ثلثهم بالسهم .

وإن قال : ثلث رقيقي أحرار ، أو نصفهم ، أو ثلثاهم ، عتق منهم ما سمي بالقرعة إن حمله الثلث ، وإلا فما حمل الثلث مما سمى .

وإن قال في مرضه : عشرة من رقيقي أحرار ، وهم ستون ، عتق سدسهم[4] ، أخرج السهم أكثر من عشرة أو أقل .

ولو هلك عبيده إلا عشرة عتقوا[5] إن حملهم الثلث ، وإن كثرت قيمتهم ، وإن لم يحملهم الثلث عتق منهم مبلغه بالقرعة ، ورق من بقي ، وإن بقي منهم أحد عشر عتق منهم عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً بالسهم ، إن حمل ذلك الثلث ، وإن بقي منهم عشرون أعتق نصفهم بالقرعة في الثلث ، وإن بقي ثلاثون أعتق ثلثهم ،

---

(١) سقطت من ك . وفي ق : دينا على ذلك . وفي ز : دينا . وسقطت [في ذلك] .

(٢) الغير هنا يريد به أشهب . انظر : التقييد (٣/٦٥) .

(٣) البتل : إنجاز العتق في المرض ـ كما تقدم ـ .

(٤) في ط : عتق سدسهم بالسهم .

(٥) في ط و هـ : لعتقوا .

ولو سمى جزءاً ، أو قال : سدسهم ، لم يعتق إلا سدس من بقي ، ولو بقي واحد .

ولو قال : رأس منهم حر ، ولم يعينه ، فالسهم يعتق منهم ، إن كانوا خمسة يوم يقومون ، عتق خمسهم ، أو ستة [عتق][1] سدسهم ، خرج لذلك أقل من واحد أو أكثر .

وإذا انقسم العبيد على الجزء الذي يعتق منهم ، جُزّئ بينهم بالقيمة وأسهمتُ بينهم ، فأعتقتُ ما أخرجه السهم ، وإن لم ينقسموا على الأجزاء علمت قيمة كل واحد ، وكتبت اسمه في بطاقة ، وأسهمت بينهم ، فمن خرج منهم اسمه نظرت ، فإن كانت قيمته مبلغ الجزء الذي يعتق منهم عتق . وإن زادت قيمته عتق منه مبلغه فقط ، وإن نقص عتق ، وأعدت السهم لتمام ما بقي من جزء الوصية ، فإما يقع لذلك عبد أو بعض عبد[2] .

[في الذي يقول عند موته : أثلاث رقيقي أو أنصافهم أحرار ، أو ثلث كل رأس أو نصفه]

ومن قال عند موته : أنصاف رقيقي أو أثلاثهم أحرار ، أو ثلث كل رأس[3] ، أو نصف كل رأس ، عتق من كل واحد منهم ما ذكر ، إن حمل ذلك ثلثه ، ولا يبدّى بعضهم على بعض ، أو ما[4] حمله ثلثه مما سمي بالحصص من كل واحد بغير سهم .

---

(١) سقطت من ق و ز .

(٢) في ط : فأعتق ما يقع لذلك فإما عبد أو جزء عبد .

(٣) في ق : أو ثلث كل رأس ، أو ربع أو نصف كل رأس . والمثبت هو الموافق لما في المدونة .

(٤) في ق : وما . والمثبت من باقي النسخ وهو الموافق لما في المدونة .

[فيمن قال في صحته : إن فعلت كذا أو إن لم أفعله فرقيقي أحرار ، أو زوجتي طالق ، ففعل ذلك في مرضه أو لم يفعله حتى مات]

ومن قال في صحته : إن كلمت فلاناً فرقيقي أحرار ، فكلمه في مرضه ثم مات ، عتقوا إن حملهم ثلثه ، أو ما حمل منهم بالسهم ، ورق ما بقي ، وهو كمن بتل عتقهم في مرضه . ولو كانت[1] يمينه : إن لم أفعل كذا فمات ، ولم يفعله فهاهنا يعتقون إن حملهم ثلثه أو مبلغه من جميعهم بالحصص بلا سهم ، ويدخل معهم كل ولد حدث لهم بعد ذلك اليمين من إمائهم ، فيقوَّمون معهم في الثلث ، وهم كالمدبرين .

ومن قال في صحته لعبده : إن دخلت أنا هذه الدار فأنت حر ، فدخلها في مرضه ثم مات [منه][2]، عتق العبد في ثلثه .

وكذلك إن قال لامرأته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق ، فدخلتها في مرضه ورثته ، وإن انقضت عدتها كما لو طلقها أو افتدت منه في مرضه ، فإنها ترثه .

وإن باع عبدك سلعتك بأمرك ثم أعتقته ثم استُحقت السلعة ، ولا مال لك فلا رد للعتق ؛ لأنه دين لحقك[3] بعد إنجازه[4].

[في عتق المديان وكتابته وتدبيره وعنده من العروض كفاف دينه أو نصفه]

ومن أعتق في صحته عبده أو دبره أو كاتبه ، وعليه دين ، وله يومئذ عرض

---

(١) في ك : وأما لو كانت .

(٢) سقطت من ق .

(٣) في ك : للعتق .

(٤) في ك و ط : بعد إنفاذه .

سوى عبده فيه كفاف دينـه ، فلـم يقـم غرمـاؤه حـتى هلـك العـرض ، فـلا رد لهـم لما صنع ، وإن لم يعلموا به .

وإن أعتق عبده وله مال سواه يغترقه الدين ، ويغترق نصف العبد فلم يقــم عليـه حتى أعدم ، لم يبع لغرمائه من العبد إلا ما كان يباع لهم لو قـاموا يـوم أعتـق ، وهـو إذا أعتق أو دبر وله مال لا يفي بدينه ، بيع من العبد بمـا بقـي مـن دينـه بعـد المـال ، وكان باقيه عتقاً أو مدبراً .

وأما إن كاتبه وله مال لا يفي بدينـه ردت الكتابـة كلـها ؛ إذ لا يكـاتب بعـض عبد ، وبيع العبــد في الديـن ، إلا أن يكـون في الكتابـة إن بيعـت أو بعضـها كفـاف الدين فتباع لذلك ، ولا ترد الكتابة .

[في كتابة أحد الشريكين للعبد ورد الغرماء لعتق المدين]

ولا يجوز لأحد الشريكين في عبد أن يكاتب نصيبه بإذن شريكه ، أو بغير إذنه . وأما [إن دبره بإذنه جاز][1] ، فإن دبره بغير إذنه قوم عليه نصيب شريكـه ، ولزمـه تدبير جميعه ، ولا يَتَقاوَياه[2][3] .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٢) في ق و هـ : يتقاوماه .

(٣) تقاوياه أي : تَزَايـَد الشريكـان في قيمـة الرقيـق حـتى يقـف علـى أحدهمـا ويسـلمه لـه الآخـر ، وفسر مطرف المقاواة بأن يقوّم قيمة عدل ، ثم يقـال للمتمسـك : أتسـلمه بهـذه القيمـة أم تزيـد عليها ، فإن زاد قيل للمدبر : أتسلمه بهذه القيمة ؟ وهكـذا حـتى يقـف علـى أحدهمـا . انظـر : منح الجليل (٤٠٧/٩) .

وكانت المقاواة عند مالك ضعيفة[1]، ولكنـها شيء جرى في كتبه . ومن رد غرماؤه عتقه للرقيق فلم يباعوا حتى أفاد السيد مالاً ، فهم أحرار ، وليس ذلك رداً للعتق حتى يباعوا .

وكذلك لو باعهم السلطان ، ولم ينفذ البيع[2] حتى أيسر السيد لنفذ العتق ، وبيع السلطان بالمدينة على خيار ثلاثة أيام ، فإن وجد من يزيده وإلا أنفذ البيع . قيل له : ويجوز هذا البيع ؟ قال : نعم .

[فيمن أعتق عبده أو بتله وعليه دين يغترقه ، ورد الغرماء للعتق]

ومن أعتق عبده وعليه دين يغترقه ولم يعلم الغرماء [بالعتق][3] وللعبد ورثة أحرار فمات بعضهم بعد عتقه ، فلا يوارثهم ؛ لأنه عبد حتى يعلم الغرماء بالعتق فيجيزونه ، أو يفيد السيد مالاً ؛ لأن للغرماء إجازة العتق أو رده .

ولا يرث إلا من ليس لأحد أن يرده في الرق على حال . وقاله مالك في المبتل في

---

(١) قال سحنون : بل هي قوية لحق الشريك ؛ لأنها تزيل الضرر عن الشريك الذي لم يدبر ، كما يزول الحظر في الأمة الرائعة بالمواضعة .

قلت : وبها قال الأخوان : مطرف وابن الماجشون ، ورواها أشهب عن مالك ، وعليها مشى خليل في مختصره فقال : « وإن دبر حصته تقاوياه ليرق كله أو يدبر » ، وقد شهره في التوضيح . انظر : مختصر خليل (٢٧٩)، منح الجليل (٩/٤٠٧ ـ ٤٠٨) .

(٢) في المدونة : « ما معنى قول مالك : وكذلك لو باعهم السلطان ولم ينفذ البيع ؟ قال : إن السلطان عندهم بالمدينة يبيع ويشترط في ذلك أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فإن وجد من يزيد وإلا أنفذ البيع للذي اشتراه . قلت : ويجوز هذا البيع في قول مالك ؟ قال : نعم » . المدونة (٣/١٨٠).

(٣) سقطت من ق و ز .

المرض إن مات السيد وله أموال مفترقة يخرج [العبد][1] من ثلثها إذا جمعت فهلك العبد[2] قبل اجتماعها ، أن ورثته الأحرار لا يرثونه ؛ لأن العتق إنما يتم بعد جمع المال ، وخروج العبد من ثلثه ؛ لأنه لو ضاع المال كله لم يعتق من العبد إلا ثلثه ، وإن بقي من المال ما لا يخرج العبد من ثلثه عتق منه ما حمل الثلث ، ولم يلتفت إلى ما ضاع منه .

وإذا بتل المريض عتق رقيقه ، وعليه دين ، وعنده وفاء به ، فلم يمت حتى هلك ماله فالدين يرد عتقه ، بخلاف الصحيح ؛ لأن فعل المريض موقوف ، وذلك كوصيته بعتقهم ، فإن اغترقهم الدين رقوا ، وإن كان فيهم فضل عن الدين أسهم بينهم ، أيهم يباع للدين ، ثم أسهم بينهم فيمن يعتق في ثلث بقيتهم ، فإذا أخرج السهم للدين أحدهم وقيمته أكثر من الدين ، بيع منه بقدره ، وأقرع للعتق ، فإن خرج بقية هذا العبد وفيه كفاف الثلث أعتقتُ بقيته ، وإن كان أكثر من الثلث أعتقت أيضاً منه بقدر الثلث ، ورق باقيه للورثة ، وإن لم يف بقيته بالثلث ، أعتقتُ بقيته وأعدت السهم حتى يكمل الثلث في غيره ، وكذلك يعاد السهم في الدين إن خرج من لا يفي بالدين حتى يكمل الدين ، وإن بيع بعض عبد ، ثم يقرع للعتق كما ذكرنا ، وإنما القرعة في الوصية بالعتق والبتل في المرض .

ومن رد غرماؤه عتقه فليس له ولا لغرمائه بيعهم دون الإمام ، فإن فعل أو فعلوا ثم رفع إلى الإمام بعد أن أيسر رد البيع ونفذ العتق ، ولو أعتق في يسره فلم يقوموا

---

(١) سقطت من ز و ق .

(٢) في ك : فهلكت .

عليه ولم يعلموا[1] حتى أعسر ، فلا رد للعتق ؛ لأنه وقع في وقت لا يرد لو رفع ، ولو أعتق في عسره فلم يقم عليه حتى أيسر لنفذ العتق ، ثم إن أعسر بعد ذلك قبل القيام عليه فلا رد للعتق ، وإن لم تكن علمت به الغرماء . وإذا باعهم الإمام عليه في دينه ثم اشتراهم بعد يسره كانوا له رقاً ، ولا يعتقون[2] عليه .

[في الذي يشتري أباه وعليه دين يغترقه أو يشتري عبداً محاباة فيعتقه ، وأي ذلك يقدم]

[قال مالك :][3] ومن ابتاع أباه وعليه دين يغترقه لم يعتق عليه وإن اشتراه وليس عنده إلا بعض ثمنه ، [قال مالك : يرد البيع ، وقال ابن القاسم : بل يباع منه ببقية الثمن ويعتق ما بقي[4]. وقال غيره[5]: لا يجوز له في السُّنة[6] أن يملك أباه

(١) في ك : فلم يقوموا ولا علموا .

(٢) في ق : ولا يعتقوا . ولعل حذف النون على تقدير أن « لا » ناهية .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) لم أقف على ترجيح بين قول مالك ، وقول ابن القاسم في هذه المسألة ، وظاهر كلام شراح خليل أن المذهب على قول ابن القاسم . وانظر هذه المسألة في : منح الجليل (٣٩٤/٩ ـ ٣٩٥).

(٥) في المدونة : وقال بعض كبار أصحاب مالك : لا يجوز له ملك أبيه ، ومقتضى قولهم هنا أنه لا ينعقد البيع أصلاً . قال الزرويلي : قال أبو إسحاق : وفيه نظر لإمكان أن يجيز الغرماء عتقه ويتبعونه بدينهم في ذمته . انظر : التقييد (٦٨/٣) .

(٦) إشارة إلى الحديث الذي رواه مسلم (١٥١٠) في كتاب العتق ، باب فضل عتق الوالد ، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا يَجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه » ، وقوله : فيعتقه أي أنه يتسبب في عتقه بشرائه لا أنه يحدث عتقه بعد الشراء ، فإن الأب يعتق بمجرد ملك الأب له كما يفسر ذلك حديث سمرة بن جندب عند أحمد والأربعة أن النبي ﷺ قال : « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » . انظر : سبل السلام (٢٦٢/٤ ـ ٢٦٣) .

إلا إلى عتق ، فإذا كان عليه دين يرده صار خلاف السُّنة أن يملكه فيباع في دينه ويقضي عن ذمته نماؤه ، وذكر من أعتق ما في بطن أمته][1] في العتق الثاني[2].

قال ابن القاسم : وإذا اشترى المريض عبداً محاباة[3] فأعتقه فالعتق مبدّى على المحاباة ؛ لأن المحاباة وصية ، والعتق يبدّى على الوصايا ، فإن كان قيمة العبد كفاف الثلث سقطت المحاباة ، ولم يكن للبائع غير قيمة العبد من رأس المال ، وإن بقي بعد قيمة العبد شيء من الثلث كان في المحاباة ، وقد قال : يُبدى بالمحاباة[4] ؛ لأن البيع لا يتم إلا بها [فكأنه آمر بتبديتها في الثلث][5] فإن بقي بعده من الثلث شيء كان في العبد ، أتم ذلك عتقه أم لا ، [قال سحنون : وهذا القول أحسن من الأول][6].

---

(١) ما بين المعكوفتين ورد في هـ بتقديم وتأخير واختلاف في اللفظ ، إلا أن المعنى موافق لما في النسخ الأخرى .

(٢) سيأتي كتاب العتق الثاني بعد هذا الكتاب .

(٣) محاباة : أي بزيادة على الثمن مأخوذة من قولهم : حبوت الرجل حباءً : أعطيته الشيء بغير عوض . انظر : المدونة (١٨٤/٣) . المصباح (١٢٠) .

(٤) هذا قول ابن القاسم الثاني ، ووجهه أنه جعل المحاباة كهبة وهبها في مرضه ثم أحدث بعدها العتق . قال الزرويلي عن أبي إسحاق فالأشبه أنها مبدأة لأن ما بتله ليس له أن يحدث بعده ما ينقضه كما لو بتل عتق عبده في مرضه ثم بتل آخر لكان الأول أولى ؛ لأنه لما كان ليس له الرجوع عنه ، فلا يجوز له أن يدخل عليه ما ينقضه إلا على مذهب أشهب أن المبتل في المرض والوصي بعتقه يتحاصان في الثلث ، وسيأتي ترجيح سحنون لهذا القول ووصفه بأنه الأحسن . انظر : التقييد (٦٩/٣) .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

[في الذي يبتل عتق عبده في المرض]

ومن بتل عتق عبده في المرض وقيمته ثلاثمائة درهم ، ولا مال له غيره ، فهلك العبد قبله وترك ابنة حرة ، وترك ألف درهم فقد مات رقيقاً ، وما ترك لسيده بالرق دون ابنته .

ولو كان للسيد مال مأمون[١] يخرج العبد من ثلثه ، جاز عتقه ، وكان ما ترك ميراثاً بين السيد والابنة نصفين على أحد قولي مالك[٢]، وقال غيره : لا ينظر في فعل المريض إلا بعد موته ، كان ماله مأموناً أو لم يكن .

[قال ابن القاسم :][٣] ولو احتمل المال المأمون نصف العبد ، لم يعجل عتق شيء منه وإنما يعتق إذا كان المال المأمون كثيراً أضعاف قيمة العبد مراراً[٤].

---

(١) سيأتي أن المال المأمون عند مالك : الدور والأرضون والنخل والعقار .

(٢) قولي مالك أحدهما قوله الذي روى عنه ابن القاسم ، وهو ما تقدم من كونه ينظر هل له مال مأمون أم لا ، فإن كان له مال مأمون عجل عتقه الآن . والثاني ما نسبه هنا إلى الغير من أنه لا اعتبار بالمال المأمون أو غيره وأنه لا ينظر في فعل المريض إلا بعد موته ، وقد عبّر في المدونة عن الغير ببعض الرواة مما يدل على أن قول الغير هنا هو الرواية الثانية عن مالك ، ولعل البراذعي يقصد بالغير غير ابن القاسم أي قال غير ابن القاسم رواية عن مالك . وسيصرح بعد قليل بنسبة القولين إلى مالك ، وأن القول بالنظر إلى المال هل هو مأمون فيعتق في الحال أو غير مأمون فلا يعتق إلا بعد موته ، هو القول الذي رجع إليه مالك ، وهو القول المشهور وإليه أشار خليل بقوله : « وعجل في ثلث مريض أمن » . انظر : المدونة (٣/١٨٥)، منح الجليل (٩/٤٠٣)، مختصر خليل (٢٧٨) .

(٣) سقطت من ز .

(٤) قول ابن القاسم هنا ـ كما ترى ـ تفسير وبيان لقول مالك الذي روي عنه .

[في عتق أحد الشريكين نصيبه من عبد بينهما]

وإذا أعتق المليء شقصاً له في عبد فليس لشريكه أن يتماسك بنصيبه أو يعتقه إلى أجل ، إنما له أن يعتقه بتلاً أو يقوّم على شريكه ، وإن أعتق حصته إلى أجل أو دبر أو كاتب ، رد ذلك إلى التقويم ، إلا أن يبتله . وقال غيره[1]: فإن كان الأول مليئاً بقيمة[2] نصف نصيب المعتق إلى أجل ، قوّم ذلك عليه وبقي ربع العبد معتقاً إلى أجل . وقال غيره[3]: إذا كان الأول مليئاً وأعتق الثاني إلى أجل فقد ترك التقويم ، ويعجل[4] عليه العتق الذي ألزم نفسه واستثنى من الرق ما ليس له .

قال ابن القاسم : وإن كان عبد بين مسلم وذمي فأعتق المسلم حصته ، قوم عليه

---

(١) لم أقف على تسمية الغير هنا ، وقوله ـ كما ترى ـ هو تفسير وتفريع على قول ابن القاسم ، وليس بخلاف ، فابن القاسم قال بمطلق التقويم على الشريك في هذه الحالة ، والغير قال بالتقويم أيضاً إلا أنه فرع ، وزاد أنه إذا كان المقوم عليه ليس عنده من المال إلا قدر قيمة نصف نصيبه فإنه يعتق من العبد ذلك النصف في الحال ويبقى نصف نصيبه الذي هو الربع معلقاً عتقه إلى الأجل .

(٢) في ظ : بقدر .

(٣) الغير هنا عبر عنه في المدونة بقوله : وقال بعض رواة مالك . والمشهور هو قول ابن القاسم ، وهو الذي مشى عليه خليل فقال : « ونقض . . . تأجيل الثاني أو تدبيره » قال عليش في شرحه : أي وإن أعتق أحد الشريكين الموسر نصيبه من الرقيق المشترك عتقاً ناجزاً وأعتق الآخر نصيبه منه لأجل أو دبره أو كاتبه نقض تأجيل الثاني ، أي عتقه نصيبه لأجل أو تدبيره أو كتابته ، ويقوم كاملاً على من نجز عتقه نصيبه أو لا . انظر : منح الجليل (٩/٤٠٤)، مختصر خليل (٢٧٨).

(٤) في ز : ويجعل عليه العتق .

كان العبد مسلماً أو ذمياً ، وإن أعتق الذمي حصته وكان العبد مسلماً قوم عليه وأجبر على عتق جميعه ، وإن كان كافراً لم تقوم عليه حصة المسلم ؛ لأن العبد جميعه لو كان للنصراني فأعتقه أو أعتق بعضه لم يحكم عليه بعتقه . قال غيره[1]: وتقوم عليه حصة المسلم .

قال ابن القاسم : [وإذا أعتق المليء شقصاً له في عبد فأخره شريكه بالقيمة على أن زاده فيها ، فذلك ربا ، ومن أعتق شركاً له في عبد][2] بإذن شريكه أو بغير إذنه ، وهو مليء ، قوّم عليه نصيب صاحبه بقيمته يوم القضاء وعتق عليه ، وإن كان عديماً لا مال له لم يعتق عليه [غير حصته ، ونصيب الآخر رق له ، وإن كان مليئاً بقيمة بعض النصيب قوم عليه][3] منه بقدر ما معه ، ورق بقية النصيب لربه ، ويباع عليه في ذلك شوار[4] بيته والكسوة ذات البال ، ولا يترك له إلا كسوته التي لا بد له منها وعيشة الأيام .

---

(١) لم أقف على تسمية الغير هنا ، وقد استحب أشهب هذا القول ، واستحب في موضع آخر قول ابن القاسم ، ووجه القول بالتقويم أن الذمي هنا أدخل الضرر على المسلم ، وهي العلة التي أوجبت التقويم على المسلم ، فصار ذلك حكماً بين مسلم وذمي ، فحكم بينهما فيه بحكم الإسلام . والمشهور في المذهب قول ابن القاسم ، وإليه أشار خليل بقوله : « وإن كان المعتق مسلماً أو العبد » . قال عليش في شرحه : ومفهومه أنه لو كان المعتق والعبد كافرين فلا يقوم ، سواء كان شريكه مسلماً أو كافراً ، وهو كذلك عند ابن القاسم . انظر : التقييد (٦٩/٣)، مختصر خليل (٢٧٨)، منح الجليل (٤٠١/٩) .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٤) شوار البيت : متاعه . المصباح (٣٢٧).

[في عتق بعض الشركاء أو كلهم لأنصبائهم أو بعضها]

وإذا أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو مليء ثم أعتق شريكه نصف نصيبه عتق[1] باقي حصته عليه ؛ لأنه قد أتلف نصيبه بعتقه لبعضه ، ولا يقوم على الأول إلا إذا أقيم عليه العبد غير تالف ، ألا ترى أنه لو مات العبد قبل التقويم لم يلزم الـمُعتِق الأول من التقويم شيء .

فإن مات المعتق لنصف نصيبه قبل أن يعتق [عليه][2] ما بقي ، قومنا بقيته على المعتق أولاً . ولو كان العبد لثلاثة نفر فأعتق أحدهم نصيبه ثم أعتق الآخر نصيبه وهما مليئان ، فليس للباقي أن يضمن إلا الأول ، فإن كان الأول عديماً ، فلا يقوم على الثاني وإن كان موسراً ؛ إذ لم يبتدئ فساداً ، ولو أعتقا معاً قوم عليهما إذا كانا مليئين ، وإن كان أحدهما مليئاً والآخر معسراً ، قُوِّم جميع[3] باقيه على الموسر .

وإن أعتق معسر شقصاً له في عبد فلم يقوم عليه شريكه حتى أيسر ، فقال مالك قديماً : إنه يقوم عليه ، ثم قال[4]: إن كان يوم أعتق يعلم الناس والعبد

---

(١) وردت هذه الجملة في ق كالتالي : عتق عليه النصف الآخر ؛ لأنه لا يعتق نصفه ويترك نصفه ، ولا يقوم على الأول ؛ لأن الآخر قد أتلف نصيبه ، وقد أثبتنا ما في النسخ الأخرى لموافقته لنص المدونة .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ق : قوم جميعه على الموسر .

(٤) وقول مالك الأخير هو الذي عليه المذهب ، وإليه أشار خليل بقوله : « وإذا حكم بمنعه لعسره مضى كقبله ثم أيسر إن كان بيّن العسر وحضر العبد » ، قال عليش في شرحه : ثم شبه في المضي وعدم التقويم ، فقال كعسر المعتق قبله أي قبل العتق ثم أيسر المعتق فقام شريكه حين =

والمتمسك[1] بالرق أنه إنما ترك القيام لأنه إن خوصم لم يقوّم عليه لعدمه ، فلا يعتق عليه وإن أيسر بعد ذلك ، وأما لو كان العبد غائباً فلم يقدم حتى أيسر المعتق لنصيبه لقوم عليه بخلاف الحاضر .

وإن أعتق في يسره ثم قيم عليه في عسره ، فلا شك أنه لا تقويم عليه .

وإن أعتق حصته في يسره فقال شريكه : أنا أُقوِّم عليه نصيبي ، ثم قال بعد ذلك : أنا أعتق ، لم يكن له إلا التقويم .

وإذا دبر أحد الشريكين جنين أمة بينهما تقاوياه[2] بعد أن تضعه ، وإن أعتق أحدهما جنينها أو دبره وأعتق الآخر نصيبه من الجارية ، قُوّمت عليه ، وبطل تدبير صاحبه وعتقه للجنين .

وإن أعتق أحد الشريكين حصته وهو موسر ، ثم باع الآخر نصيبه ، نقض البيع وقوّم على المعتق ، وإذا كان المعتق معسراً والعبد غائب فباع المتمسك حصته منه على الصفة وتواصفا الثمن فقبضه المبتاع [وقدم][3] به ، والمعتق قد أيسر أو لم يقدم به إلا أن العبد علم بموضعه فخاصم في موضعه والمعتق قد أيسر ، فإن البيع ينقض ويقوّم على المعتق .

= يسره فلا يقوم عليه نصيب شريكه إن كان المعتق ظاهر العسر حين إعتاقه نصيبه ، وعلمه الناس وشهدوا بأن شريكه لم يطلب التقويم لعسر ، وحضر العبد أي كان حاضراً بالبلد حين عتق شقصه ، فإن كان غائباً وقدم بعد يسر المعتق فإنه يقوم عليه . انظر : منح الجليل (٩/٤٠٥)، مختصر خليل (٢٧٩) .

(١) في ك : يعلم الناس أن المتمسك بالرق .

(٢) تقدم معنى المقاواة في ص٤٩٤ .

(٣) سقطت من ك .

وإذا أعتق أحد الشريكين حصته من عبد في صحته فلم يقوّم عليه حتى مرض ، قوّمنا عليه حصة شريكه في الثلث .

وكذلك من أعتق نصف عبده في صحته فلم يستتم عليه حتى مرض ، فليعتق بقيته في ثلثه . قال غيره[1] فيهما : لا تقويم لباقيه في الثلث ؛ إذ لا يدخل حكم الصحة[2] على حكم المرض . قالا[3]: وإن لم يعلم بذلك إلا من بعد موته ، لم يعتق منه إلا ما كان أعتق ، ولا تقويم على ميت ، وكذلك لو أفلس .

وإذا أعتق أحد الشريكين وهو معسر فرفع إلى الإمام فلم يقوم عليه لعسره ، ثم أيسر بعد ذلك فاشترى حصة شريكه ، لم يعتق عليه .

ولو رفع ذلك إلى الإمام فلم يقوّم عليه ولا نظر في أمره حتى أيسر ، لقوّم عليه .

[في عتق أحد الشريكين وشريكه غائب ، وعتق المريض شقص عبد يملك جميعه أو بعضه]

وإذا أعتق أحد الشريكين وشريكه غائب ، فإن كانت غيبته قريبة لا ضرر على العبد فيها كتب إليه فإما أعتق أو قوم ، وإن بعدت غيبته قومناه على المعتق إن كان مليئاً ولم ينتظر قدومه .

ومن أعتق شقصاً من عبد يملك جميعه أو بعض أم ولده عتق عليه باقيهما .

---

(١) قال في المدونة : قال بعض رواة مالك بدل الغير ، ولم أقف على تسميتهم ، والمشهور قول ابن القاسم ، وإليه أشار خليل بقوله : « وعجل في ثلث مريض » . انظر : منح الجليل (٤٠٣/٩) ، مختصر خليل (٢٧٨) .

(٢) في ك و ط : الحصة .

(٣) أي مالك وابن القاسم . انظر : المدونة (٢٨٩/٣) .

ومن أعتق نصف عبده ثم فُقد السيد ، لم أعتق باقيه في ماله وأوقفت ما رُقّ منه ، كإيقافي لماله إلى أمد لا يحيى إلى مثله ، فيكون لوارثيه يومئذ إلا أن تثبت وفاته قبل ذلك فيكون لوارثيه يوم صحة موته .

وإذا أعتق المريض شقصاً له في عبد أو نصف عبد يملك جميعه ، فإن كان ماله مأموناً عتق عليه الآن جميعه وغرم قيمة نصيب شريكه ، وإن كان ماله غير مأمون لم يعتق نصيبه ولا نصيب شريكه إلا بعد موته فيعتق جميعه في ثلثه ، ويغرم قيمة نصيب شريكه ، وإن لم يحمله الثلث عتق منه مبلغه ورُق ما بقي ، فإن عاش لزمه عتق بقيته . ولو أوصى المريض بعتق نصيبه بعد الموت لم يقوم عليه نصيب صاحبه كان ماله مأموناً أو غير مأمون .

ولو بتل في مرضه عتق عبده كله وماله مأمون عجل عتقه وتمت حريته في جميع أحكام الأحرار من الموارثة والشهادة وغيرها ، وإن لم يكن ماله مأموناً وكان يخرج من الثلث ، لم يعجل عتقه ووقف وكان له حرمة العبد حتى يعتق بعد موت سيده في ثلثه ، وليس المال المأمون عند مالك إلا في الدور والأرضين والنخل والعقار .

ولمالك قول ثان في المبتل في المرض[1] ، أن حكمه حكم العبد حتى يعتق بعد الموت في الثلث ، وقد رجع عنه مالك إلى ما وصفنا . وإذا أعتق المريض عبده جاز ذلك على ورثته إن حمله الثلث ، وإن لم يحمله الثلث عتق منه مبلغه ورق ما بقي .

---

(١) وقد قدمنا أن الذي عليه المذهب قول مالك الذي رجع إليه ، وهو تعجيل العتق الآن إن كان له مال مأمون ، ووقفه إن لم يكن له مال مأمون إلى بعد موته ، ونقلنا كلام أهل المذهب في ذلك .

[في العبد المشترك يموت عن مال وقد أعتق بعضه أو كوتب أو دبر بعضه وعتق أحد الشريكين جنين أمة بينهما]

وإذا أعتق أحد الشريكين وهو معسر أو كان موسراً فلم يقوّم عليه حتى مات العبد عن مال ، فالمال للمتمسك بالرق دون المعتق ودون ورثة العبد الأحرار ؛ لأنه [يحكم عليه][1] بحكم الأرقاء حتى يعتق جميعه ، ولا تقوم[2] بقية العبد بعد موته على المعتق وإن كان مليئاً .

وإن مات العبد وترك مالاً ولرجل فيه الثلث ولآخر فيه السدس ونصفه حر ، فالمال بينهما بقدر ما لهما فيه من الرق ، وإن كان العبد بين ثلاثة فأعتق أحدهم نصيبه ، وكاتبه الثاني وتمسك الثالث بالرق ، فمات العبد فميراثه بين الذي تمسك بالرق ، وبين الذي كاتب على أن يرد ما كان أخذ من كتابته قبل موته ، وقاله ربيعة ومالك[3].

وإذا أعتق أحد الشريكين حصته من العبد إلى أجل ، قوم عليه الآن ولم يعتق عليه حتى يحل الأجل ، وقال غيره : إن شاء تعجل القيمة أو أخرها[4].

---

(١) سقطت من ك و ز . وفي هـ : لأن حكمه حكم الأرقاء .

(٢) في ط : ولا يعتق .

(٣) انظر : المدونة (١٩٣/٣) .

(٤) وهي رواية مطرف وابن الماجشون والمغيرة عن مالك . ومعنى تعجَّل القيمة أو أخرها أي تعجل التقويم أو أخره ، وروى أصبغ عن ابن القاسم أنه إن تأخر الأجل أخر التقويم لانتهائه ، وظاهر المختصر التعجيل ، كما لابن القاسم هنا في المدونة ، فقد قال : « ومن أعتق حصته لأجل قوم عليه ليعتق جميعه عنده » ، قال الدردير في شرحه : أي قوّم عليه =

قال ابن القاسم : وإن مات العبد عن مال قبل التقويم ، أو قتل ، فقيمته وما ترك من المال بينهما ؛ لأن عتق النصف لم يتم حتى يمضي الأجل .

وإن أعتق أحد الشريكين جنين أمة بينهما وهو موسر ، قوم عليه بعد أن تضعه ، وإن ضرب رجلٌ بطنها فألقته ففيه ما في جنين الأمة ، وما أخذ فيه فبينهما دون أخوته الأحرار ؛ إذ لا تتم حريته إلا بالوضع .

[فيمن أعتق ما في بطن أمته في صحته]

ومن أعتق ما في بطن أمته في صحته ، فولدت في مرضه ، أو بعد موته ، فذلك من رأس المال ، كمعتق إلى أجل حلّ حينئذ ، بخلاف الحانث في مرضه بيمين عقدها في صحته .

[في الذي يملك بعض من يعتق عليه بهبة أو شراء أو صدقة أو وصية أو إرث]

ومن اشترى نصف ابنه أو نصف من يعتق عليه من رجل يملكه جميعه أو كان لرجلين ، فاشترى نصفه بإذن من له بقيته أو بغير إذنه ، أو قبله من واهب أو موص أو متصدق ، أو ملكه بأمر لو شاء أن يدفعه عن نفسه فعل ، فإن هذا يعتق عليه ما ملك منه ويقوم عليه بقيته إن كان مليئاً ، وإن كان معسراً لم يعتق منه إلا ما ملك ويبقى باقيه رقيقاً على حاله يخدم مسترق باقيه بقدر ما رق منه ويعمل لنفسه بقدر ما عتق منه ، ويوقف ماله في يديه ، وكذلك

= الآن ليدفع قيمة حصته شريكه الآن ، (ليعتق جميعه عنده) أي عند الأجل ، إذا القصد تساوي الحصتين . وقال الدسوقي : وظاهر المصنف (خليل) كظاهر المدونة، أنه يقوم عليه الآن ولو بعد الأجل . انظر : التقييد (٧٣/٣)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٧٤/٤)، مختصر خليل (٢٧٨) .

إن ابتعت أنت وأجنبي أباك في صفقة ، جاز البيع ، وعتق عليك وضمنت للأجنبي قيمة نصيبه .

وأما من ورث شقصاً ممن يعتق عليه فلا يعتق منه إلا ما ورث فقط ولا يقوم عليه باقيه[١]، وإن كان مليئاً ؛ لأنه لا يقدر على دفع الميراث .

[في الصغير والعبد المأذون له يملكان من يعتق عليهما ، والعبد يملك من يعتق على سيده]

ومن وهب لصغير أخاه فقبله أبوه ، جاز ذلك وعتق على الابن ، ومن أوصى لصغير بشقص ممن يعتق عليه أو ورثه فقبل ذلك أبوه أو وصيه ، فإنما يعتق ذلك الشقص فقط ، ولا يقوم على الصبي بقيته ولا على الأب الذي قبله ولا على الوصي[٢]. وإن لم يقبل ذلك الأب أو الوصي فهو حر على الصبي . وكل من جاز بيعه وشراؤه على الصبي ، فقبوله له الهبة جائز ، وكذلك في الأب والوصي .

وإذا ملك العبد المأذون له من أقاربه من يعتق على الحر ، لم يبعهم إلا بإذن السيد ، وهو لا يبيع أم ولده إلا بإذنه .

وإن أُعتق وفي ملكه من يعتق عليه عتقوا عليه ، وإن كان في ملكه أم ولد بقيت أم ولد له[٣].

وإذا اشترى المأذون له من قرابة سيده من لو ملكهم سيده عتقوا عليه والعبد لا يعلم بهم ، فإنهم يعتقون ، إلا أن يكون على المأذون دين يغترقهم .

* * *

---

(١) في ز و ك : بقيته .

(٢) في ط : أو الوصي . وفي ز و هـ : ولا الوصي .

(٣) في هـ : وإن كانت في ملكه أم ولده بقيت أمة له .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد أشرف الخلق وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب العتق الثاني[1] ﴾

[فيمن يعتق على المرء إذا ملكه من القرابة ، ومن لا يعتق عليه]

قال مالك : ولا يعتق على الرجل من أقاربه إذا ملكه إلا الولد ذكورهم وإناثهم[2] وولد الولد وإن سفلوا ، وأبواه وأجداده وجداته من قبل الأب أو الأم وإن بعدوا ، وإخوته دنياً[3] لأبوين أو لأب أو لأم وهم أهل الفرائض في كتاب الله .

قال ابن شهاب : فإن مات قبل عتقهم فقد عتقوا عليه يوم ابتاعهم .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : ولا يعتق عليه غير هؤلاء من ذوي الأرحام ممن يحرم أو لا يحرم ، ولا ممن يحرم بالصهر أو بالرضاع ويبيعهم إن شاء ، ولا يعتق عليه عم ولا عمة ولا أبناؤهم ولا خال ولا خالة ، ولا بنو أخ ولا بنو أخت ، ولا أمة كان تزوجها فولدت منه ثم اشتراها بعدما ولدت ، وأما إن اشتراها وهي حامل منه فوضعت عنده بعد الشراء بيوم أو أقل أو أكثر ، كانت به أم ولد .

---

(١) تعودنا في التهذيب أنه إذا كثرت فروع الكتاب الواحد قسمه إلى كتب ، كما حصل في كتاب الصلاة والزكاة والحج والنكاح والسلم وغيرها ، وهذا الصنيع متبع في المدونة أيضاً .

(٢) في ز : ذكرهم وأنثاهم .

(٣) في ك وق : ديناً . والمثبت من هـ و ز ، وهو الموافق لما في المدونة ، وقوله : « دنْيا » : أي الأقربون ، من دنا يدنو ، إذا قرب . انظر : المصباح (٢٠١).

قال المشيخة السبعة[1]: إذا ملك الوالد ولده أو ملك الولد والده عتق عليه ، وما سوى ذلك من القرابة فيختلف الناس فيه[2].

قال ابن القاسم : ومن اشترى أباه بالخيار له أو للبائع ، لم يعتق عليه إلا بعد زوال الخيار ؛ لأن البيع لا يتم بينهما إلا بعد الخيار . وإذا كان الخيار للبائع فهو أبين ، وكل سواء .

وعمة أمك محرمة عليك ؛ لأنها أخت جدك لأمك ، وأجدادك لأمك لو كانوا نساء كن محرمات عليك ، وكذلك أخواتهم[3]، وجداتك لأمك وأخواتهن محرمات عليك بمنزلة خالاتك ، وإنما يقع التحليل في أولاد من ذكرنا .

وإذا اشترى عبد غير مأذون له من يعتق على سيده لم يجز له شراؤه بغير إذن السيد بخلاف المأذون ، ولا يجوز للأب أن يشتري بمال ابنه لابنه من يعتق على الابن ولا يتلف مال ابنه .

وإن أعنتَ رجلاً بمال في شرائه [به][4] أباك ، لم يعتق عليه ولا عليك ، ويبقى رقاً لمشتريه .

[في الذي يعلق حرية عبده أو أمته على حصول أمر ممكن أو يعتق إلى أجل آت لا بد منه]

ومن قال لعبده : أنت حر إذا قدم أبي ، فذلك يلزمه ، ولا يعتق عليه حتى يقدم

---

(١) هم الفقهاء السبعة ، وقد تقدم التعريف بهم .

(٢) وقد تقدم مذهب مالك أن الأخوة والأخوات الأدنين يأخذون حكم الوالد والولد في العتق على من ملكهم .

(٣) في ك : فكذلك ولد أخواتهن .

(٤) سقطت من هـ .

أبوه . قال مالك ـ رحمه الله ـ : ويوقف لينظر أيقدم أبوه أم لا ، وكان يُمـرّض[1] في بيعه . وأجاز ابن القاسم بيعه ووطأها إن كانت أمـة ، وقـال : هـي في هـذا كـالحرة يقول لها : أنت طالق إذا قدم فلان ، فله وطؤها ولا تطلـق عليـه حتى يقـدم فـلان . وأما من أعتق إلى أجل آت لا بد منه ، كقوله لأمته : أنت حرة إلى شهر أو إلى سـنة أو إذا مات فلان أو إذا حضت ، فهو ممنوع من الـوطء والبيـع ، ولـه أن ينتفـع بغـير ذلك حتى يحل الأجل فتعتق ، ولا يلحقها دين ، وهي إن مات حـرة مـن رأس مالـه بعد أن يخدم الورثة بقية الأجل ، بخلاف المدبرة ؛ لأن المدبرة توطأ ويلحقها الدين .

ومن قال لأمة يطؤها : إذا حملت فأنت حرة ، فله وطؤهـا في كـل طـهر مـرة ، قال يحيى بـن سـعيد وغـيره[2]: لا يطـأ الـتي أعتـق إلى أجـل أو الـتي وهـب خدمتـها إلى أجل .

---

(١) قال الزرويلي : يمرض أي يستثقل ويغمزه ويحقره . وقول مالك هنا يخالف ما تقدم لـه في كتـاب العتق الأول من أن من حلف بعتق عبده إن فعل كذا لا يمنع من بيع ولا وطء ، وقول ابن القاسم هنا موافق لقول مالك هناك وقد حمل بعض الشيوخ استثقال مالك للبيع على ما إذا قـدم الأب ، وفيه نظر ، لذلك روي عن أبي عمران أنه قال : يجب أن يمرّض في الوطء كما مرض في البيـع ، والذي عليه المذهب قول مالك الذي اختار ابن القاسم ، وإليه أشار خليل حين قال : « ومنع من وطء وبيع في صيغة حنث » ، قال عليش : مفهوم حنث عدم منعه منهما في البر ، وهـو كذلـك فيها للإمام مالك : من حلف بعتق إن فعلت كذا أو لا أفعل كذا فهو على بر ولا يحنث إلا بفعله ولا يمنـع مـن وطء ولا بيـع . انظـر : التقييـد (٣/٧٦) ، منـح الجليـل (٩/٣٨٧) ، مختصـر خليل (٢٧٧) .

(٢) الغير الذي مع يحيى بن سعيد هم : ابن المسيب وابن قسيط وأبو الزناد وسليمان بن يسار وربيعـة وابن شهاب ، وهو قول مالك أيضاً . قال في المدونة : لأن رحمها كان موقوفاً لا يحل لرجـل أن يصيبها إلا الزوج . انظر : المدونة (٣/٢٠١ ـ ٢٠٢) .

ومن قال لعبده : إن جئتني ، أو متى ما جئتني ، أو متى [ما][1] أديت إليّ ، [أو إذا أديت إليّ][2] ، [أو إن أديت إليّ][3] ألف درهم ، فأنت حر ، فإنه إذا أتى بألف درهم أعتق ، وإن لم يأت بها فهو عبد ، ويتلوم له[4] فيها ، ولا ينجم عليه ، وليس للعبد أن يطول بسيده[5] ولا للسيد أن يعجل بيعه إلا بعد تلوم السلطان له بقدر ما يرى ، كمن قاطع[6] عبده على مال إلى أجل فمضى الأجل قبل أن يؤديه فيتلوم له الإمام ، وإن دفع الألف درهم عن العبد رجل أجنبي ، جبر السيد على أخذها وأعتق العبد . ولو دفع العبد ذلك إلى السيد من مال كان بيد العبد فقال السيد : ذلك المال لي ، فليس له ذلك ؛ لأن العبد ههنا كالمكاتب يتبعه ماله ، ويمنع السيد من كسبه أيضاً .

[فيمن أعتق ما تلد أمته أو ما في بطنها أو وهبه ، وكيف إن جنى عليه ، وأحكام الأم في ذلك]

ومن قال لأمته : أوَّلُ ولد تلدينه حُرٌّ ، فولدت ولدين في بطن واحد ، عتق أولهما خروجاً ، فإن خرج الأول ميتاً فلا عتق للثاني . وقال ابن

---

(١) سقطت من ك .

(٢) سقطت من ط .

(٣) سقطت من ك .

(٤) في ك : له الإمام .

(٥) في ط : على سيده .

(٦) قاطعه : أي أنجز عتقه بمال معجل يدفعه المكاتب من الكتابة كأن تكون عشرين منجمة لا يعتق إلا بتمام دفعها فينجز عتقه الآن بعشرة معجلة يدفعها له الآن . انظر : منح الجليل (٩/٤٥٠ ـ ٤٥١) .

شهاب[١]: يعتق الثاني ؛ إذ لا يقع على الميت عتق . وقال النخعي[٢]: من قال لأمته : إن ولدت غلاماً فأنت حرة ، فولدت غلامين فالأول رقيق ، وهي والآخر حران ، وإن كان الأول جارية فهي حرة دون الولدين . وقال ابن شهاب : وإن قال : أول بطن تضعينه حر ، فوضعت توأمين فهما حران[٣].

ومن قال لأمته في صحته : كل ولد تلدينه[٤] حر ، لزمه عتق ما ولدت .

واستثقل[٥] مالك بيعها ، وقال : كيف لها بوعده . وأنا أرى بيعها جائز ، إلا أن تكون حاملاً حين قال ذلك أو حملت بعد قوله ، أو يقول : ما في بطنك حر ، أو إذا وضعتيه فهو حر ، فإن الأم لا تباع حتى تضع ، إلا أن يرهقه دين فتباع [فيه][٦] ويرق الجنين .

ولو ولدته في مرض السيد أو بعد موته ولا دين على السيد ، وقد أشهد على قوله في صحته عتق من رأس المال[٧]؛ لأنه كمعتق إلى أجل ، هذا إذا كان الحمل في

---

(١) هو محمد بن شهاب الزهري ، تقدمت ترجمته ، وقوله هنا ـ كما ترى ـ خلاف مذهب مالك . قال خليل : « وإن أعتق أول ولد لم يعتق الثاني ولو مات » أي ولو مات الأول . انظر : مختصر خليل (٢٧٩) .

(٢) إبراهيم النخعي ، تقدمت ترجمته ، وقوله هنا موافق لمذهب مالك . انظر : التقييد (٣/٧٧) .

(٣) قول ابن شهاب هنا موافق للمذهب وليس بخلاف . انظر : التقييد (٣/٧٧) .

(٤) في ق : تضعينه .

(٥) قال الزرويلي : الاستثقال في الكراهة ـ أي على الكراهة ـ ، وأجازه ابن القاسم من غير كراهة ، فلا خلاف بين مالك وابن القاسم في جواز بيعها ما لم تكن حاملاً أو تحمل بعد هذا الوعد . انظر : التقييد (٣/٧٨) .

(٦) سقطت ك .

(٧) في ك : رأس ماله .

الصحة ، وأما إن حملت به في مرض السيد فولدته في مرضه أو بعد موته فهو من الثلث ؛ لأن المريض إذا أعتق إلى أجل فإنما هو من الثلث ، والأول كمعتق في صحته إلى أجل فهو من رأس المال كمن قال لعبده في صحته : إذا وضعت فلانة فأنت حر ، فوضعت والسيد مريض أو بعد موته ، فإن العبد حر من رأس المال .

وإن أعتق ما في بطن أمته أو دبره وهي حامل يومئذ فما أتت به من ذلك الحمل إلى أقصى حمل النساء فحر أو مدبر ، ولو كان لها زوج ولا يعلم أن بها حملاً يوم عتقه ، فلا يعتق ههنا إلا ما وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم العتق ، كالمواريث إذا مات رجل فولدت أمه بعد موته من غير أبيه ولداً فهو أخوه لأمه ، فإن وضعته لستة أشهر فأكثر من يوم موته لم يرثه ، وإن كان لأقل ورث ، ولو كانت الأمة وقت العتق ظاهرة الحمل [من زوج][1] أو غيره ، عتق ما أتت به ما بينها وبين أربع سنين . وقال غيره : إن كان الزوج مرسلاً[2] عليها وليست بينة الحمل، نظرت إلى حد ستة أشهر ، وإن كان غائباً أو ميتاً نظرت ، فما ولدته إلى أقصى حمل النساء فهو حر ، وقال أشهب : لا يسترق الولد بالشك[3].

والتي يعتق ما في بطنها في صحة السيد لا تباع وهي حامل ، إلا في قيام

---

(١) سقط من ك .

(٢) مرسلاً ، أي : مُطلّقاً ، وقول الغير هنا تفسير وبيان ، وليس بخلاف ، وإلى هذا أشار خليل بقوله : « وإن أعتق جنيناً أو دَبره فحر ، وإن لأكثر الحمل ، إلا لزوج مرسل عليها فلأقله » . انظر : مختصر خليل (٧٩ ، التقييد (٣/٧٨) .

(٣) الذي يذهب الشك عند أشهب تسعة أشهر ولا تكفي عنده ستة أشهر التي قال بها ابن القاسم . انظر : التقييد (٣/٧٨) .

[الغرماء][1] بدين استحدثه قبل عتقه أو بعده ، فتباع إذا لم يكن له غيرها ، ويرق جنينها ، إذ لا يجوز استثناؤه ، فأما إن قام الغرماء بعد الوضع فانْظُر فإن كان الدين بعد العتق أعتق الولد من رأس المال ولدته في مرض السيد أو بعد موته ، وتباع الأم وحدها في الدين ولا يفارقها[2] ، وإن كان الدين قبل العتق بيع الولد للغرماء إن لم تف الأم بدينهم ، ولو ضرب رجل بطنها فألقته ميتاً ففيه عقل جنين أمة ، بخلاف جنين أم الولد من سيدها تلك ، في جنينها عقل جنين الحرة ؛ لأن جنين الأمة لا يعتق إلا بعد الوضع ، وجنين أم الولد حر حين حملت به .

ومن أعتق أمة حاملاً أعتق جنينها ، وإن لم يذكره ولا مرد له فيه . قال ربيعة[3]: ولو استثناه كان حراً ، ولم ينفعه [استثناؤه][4]. قيل : فمن وهب ما في بطن أمته لرجل أو تصدق به عليه أو أوصى له به ثم وهبها سيدها بعد ذلك لرجل آخر أو أعتقها هو أو وارثه بعد موته ؟ قال : فالعتق أحق ، ويعتق جنينها وتسقط هبته وغيرها .

[في الذي يهب عبداً ثم يعتقه ، أو يهبه لثان قبل حوز الموهب الأول له أو يُقتل قبل الحوز]

وإن وهب عبداً أو تصدق به على رجل أو أخدمه إياه حياته ثم أعتقه المعطي قبل حوز المعطى جاز العتق وبطل ما سواه ، علم المعطى بالهبة والصدقة

---

(١) سقطت من ق و ك .

(٢) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : بخلاف جنين أم الولد من سيدها تلك في جنينها عقل جنين الحرة .

(٣) قول ربيعة هنا تفسير وبيان وليس بخلاف . انظر : التقييد (٣/٧٨) .

(٤) سقطت من ز و هـ .

أو لم يعلم[1] ، ولو وهبه لغيره أو تصدق به فالأول أحق به وإن حازه الآخر ، إلا أن يموت الواهب قبل قيام الأول فيبطل حقه ويصح قبض الثاني . وقال أشهب : بل الثاني أحق إذا حاز ، وإن لم يمت الواهب[2].

ومن وهب عبداً أو تصدق به فقتل العبد قبل الحوز ، فقيمته للمعطى وماله للمعطي ، إلا أن يكون أدخل ماله معه في الهبة وشرطه ، فيكون أيضاً للمعطي كالبيع .

[في الذي يعتق أمته على أن تنكحه أو تنكح غيره ، أو يعطي سيداً مالاً على أن يعتق أمته أو يزوجه إياها]

ومن أعتق أمته على أن تنكحه أو تنكح فلاناً[3] ثم امتنعت ، فهي حرة ، ولا يلزمها النكاح إلا أن تشاء ، وكذلك إن قال رجل لرجل : خذ ألف درهم على أن تعتق أمتك وتزوجنيها ، فأعتقها ، فهي حرة ، ولها أن لا تنكحه ، والألف لازمة للرجل .

---

(١) في ق : أم لا .

(٢) وهو أحد القولين عن ابن القاسم ، وهو المشهور لتقوي جانبه بالحيازة ، وإليه أشار خليل بقوله : « أو وهب ثان وحاز » قال عليش في شرحه : وإن تأخر حوزها حتى وهب الواهب الشيء الذي وهبه لشخص ثان غير الموهوب له الأول وحاز الهبة الموهوب له الثاني فقد بطلت هبتها للأول عند أشهب ومحمد وأحد قولي ابن القاسم : قال الدسوقي : أي ولو كان الواهب حياً لم يقم به مانع من موانع الهبة عند أشهب ، وهذا أحد قولي ابن القاسم . وقال في المدونة : الأول أحق بها إن كان الواهب حياً ، وهو مقابل للمشهور . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (١٠١/٤)، مختصر خليل (٢٣٩)، منح الجليل (١٨٣/٨) .

(٣) في ق : ومن أعتق أمته على أن ينكحها فلاناً .

[في عتق السكران والمعتوه والصبي والمجنون والمكره وبما يكون الإكراه]

وعتق السكران وتدبيره جائز إذا كان غير مولى عليه .

ولا يجوز عتق المعتوه إذا كان مطبقاً[1] ولا الصبي .

ومن حلف بعتق عبيده إن فعل كذا فجن ثم فعل ذلك في حال جنونه فلا شيء عليه .

وإن قال صبي : كل مملوك حر إذا احتلمت ، فاحتلم فلا شيء عليه .

ولا يجوز على المكره عتق ولا بيع ولا شراء ولا وصية ولا نكاح ولا طلاق ولا شيء من الأشياء ، وإكراه السلطان وغيره سواء ، والتهديد بالقتل أو بالضرب والتخويف الذي لا شك فيه إكراه ، والضرب إكراه ، والسجن إكراه ، وإكراه الزوج زوجته إكراه بضرب أو بضرر ، وإن افتدت منه بشيء [على ذلك][2] رده .

[في العبد يدفع لغيره مالاً على أن يشتريه ويعتقه أو يشتري نفسه أو يشتريه غيره شراء فاسداً فيعتقه]

وإن دفع العبد مالاً لرجل وقال له : اشترني لنفسك ، أو دفعه إليه على أن يشتريه ويعتقه ففعل الرجل ذلك ، فالبيع لازم ، فإن كان المشتري استثنى مال العبد ، لم يغرم الثمن ثانية ، [وإن لم يستثنه فليغرم الثمن

---

(١) المعتوه المطبق : هو الذي دام عليه العته أو اجتمع عليه وغطاه ، والعته هو نقصان العقل ، والمعتوه : المدهوش الذي نقص عقله من غير جنون ولا مس . انظر : المصباح (٣٦٩،٣٩٢) .

(٢) سقطت من هـ و ك .

ثانيـة][1] للبائـع ويعتـق الـذي اشـترط العتـق . ولا يتبعه الرجـل بشـيء ويـرق لـه الآخر ، وإن لم يكن للمشتري مال بيع الرقيق عليه في الثمن ، وكذلك يباع العتيق[2] في ثمنه إلا أن يفي بيع بعضه بالثمن ، فيعتق بقيته ، ولو بقي من الثمن شيء بعـد بيـع جميعه كان في ذمة الرجل .

وإذا اشـترى العبـد نفسـه مـن سيده شــراء فاسـداً فقـد تم عتقـه ولا يـرده ، ولا يتبعـه السـيد بقيمتـه ولا بغيرهـا[3] ، بخـلاف شـراء غـيره إيـاه ، إلا أن يبيعـه نفسه بخمر أو خنزير ، فيكون عليه قيمة رقبتـه . وقـال غـيره[4]: هـو حـر ولا شـيء عليـه .

وإن باعه من أجنبي بخمر أو خنزير أو بما لا يحل له فأعتقـه المبتـاع ، جـاز عتقـه ولم يرد ، ولزم المبتاع قيمته يوم قبضه .

[في الذي يعتق عبده في الحال على مال يدفعه له إلى أجل ، أو يعتقه في الحال على مال يدفعه له الآن]

ومن قال لعبده : أنت حر الساعة بتلاً وعليك مائة دينار إلى أجـل كـذا ، فقـال

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٢) في ك : وكذلك يباع المعتق .

(٣) في ق : ولا يغرمه .

(٤) لم أقف على تسمية الغير هنا ، والـذي عليـه المذهـب إن كـان الخمـر والخـنزير مضمونـاً في ذمـة العبد عتـق وغـرم قيمـة رقبتـه لسيده يـوم عتقـه ، وإن كـان معينـاً أُريـق الخمـر وسـرح الخـنزير أو قتل ولزم العتـق ولا يتبـع العبـد بقيمـة ولا غيرهـا . انظـر : منـح الجليـل (٩/٣٨١)، حاشـية الدسوقي (٤/٣٦٢) .

مالك وأشهب[1]: هو حر الساعة ويتبع بالمائة أحب أم كره ، وقال ابن القاسم : هو حر ولا يتبع بشيء . وقاله ابن المسيب .

قال مالك : وإن قال له : أنت حر على أن تدفع إلي مائة دينار ، لم يعتق إلا بأدائها . قال ابن القاسم : وللعبد أن لا يقبل ذلك ويبقى رقيقاً ، ذكر السيد أجلاً للمال أو لا . ولو قال : على أن تدفع [إليّ][2] مائة دينار إلى سنة ، فقبل ذلك العبد ، فإن لم يقل : حر الساعة ، ولا أراد[3] ذلك ، لم يعتق [العبد][4] إلا بالأداء عند الأجل ، ويتلوم له[5] بعد محله ، فإن عجز رُقّ . وقوله : إن جئتني بكذا إلى أجل كذا فأنت حر ، من[6] القطاعة[7]، ومن ناحية الكتابة ، ويتلوم له كالمكاتب ، وليس له بيعه .

---

(١) قال اللخمي وابن يونس : وقول مالك أصوب . قال الزرويلي : وهذه من المسائل التي خالف فيها ابن القاسم مالكاً فأخذ فيها ابن القاسم بقول غير مالك ، وهي أربع مسائل :
هذه ، وقد قال فيها ابن القاسم بقول سعيد بن المسيب .
والمسألة الثانية في كتاب الزكاة الثاني ، فيما إذا زادت الإبل على عشرين ومائة واحدة ، فقال مالك : الساعي مخير ، وقال ابن القاسم بقول ابن شهاب أنه لا يأخذ إلا ثلاث بنات لبون.
والثالثة في كتاب المديان ، في ولي الأيتام يدعي الغرماء الدفع إليه فينكر ، ثم ينكل عن اليمين فقال ابن القاسم فيها : رأيي على رأي ابن هرمز .
والمسألة الرابعة في كتاب تضمين الصناع ، إذا اختلط دينار لرجل بمائة دينار لرجل آخر ، وستأتي هي ومسألة كتاب المديان .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ز : ولا أرى .

(٤) سقطت من ق .

(٥) في ق : ويتلوم له عنده بعد محله .

(٦) في ط : فهذا من .

(٧) تقدم معنى المقاطعة في ص٥١٤ ، وسيأتي تعريف المكاتبة في كتاب المكاتب .

[في الذي يقول لأمته أو عبده : إن أديت كذا إلى كذا سنة فأنت حر ، أو : إن لم أفعل كذا إلى أجل كذا ، وحكم ما ولدته الأمة في تلك المدة]

ومن قال لأمته : إن أديت إلي ألف درهم إلى عشر سنين فأنت حرة ، فما ولدت في هذه المدة فبمنزلتها ، إن أدت فعتقت عتقوا معها ، وكذلك إن لم يضرب أجلاً فولدته ثم أدت الألف ، فولدها حر معها ؛ لأن مالكاً قال : كل شرط كان في أمة فما ولدت [من ولد][1] بعد الشرط أو كانت حاملاً به يوم شرط لها ذلك ، فولدها في ذلك الشرط بمنزلتها ، وكذلك إن قال : أنت حرة إن لم أفعل[2] كذا إلى أجل كذا ، فتلد قبل الأجل ، فهو بمنزلتها إذا عتقت وليس له بيعها ولا بيع ولدها .

[فيمن قال لعبده : إن أديت إلي كذا اليوم فأنت حر ، أو : إن أديت إليّ كذا وإلى ورثتي ، فأدى بعضه أو لم يؤد ، فوضع السيد عنه ما عليه]

وإن قال لعبده : إن أديت إلي اليوم مائة دينار فأنت حر ، فمضى اليوم ولم يؤد شيئاً فلا بد من التلوم له ، وإن قال له : إن أديت إليّ كذا فأنت حر ، فأدى بعضه أو لم يؤد بعضه أو لم يؤد شيئاً ، ثم وضع عنه السيد ما عليه عتق مكانه ، كالمكاتب يضع عنه السيد كتابته .

وإن قال له : إن أديت إلى ورثتي ، أو إذا أديت ، [أو أدّ إليهم][3] [مائة دينار][4] ،

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ق : إن لم يفعل .

(٣) سقطت من ك .

(٤) سقطت من ز .

وأنت حر ، ثم مات ، فإن حمله[1] الثلث وأدى المائة عتق ، ويتلوم له الإمام في الأداء على قدر ما يرى توزيعه[2] عليه كالموصي إن كاتب[3] عبده ولا سمى ما يكاتب به ، أن الإمام يجتهد له في قدر ما يكاتب به وينجمه عليه على قدر ما[4] يرى أنه أراد من إرفاقه ، فإن تلوم له وأيس[5] منه أبطل الوصية ، وإن لم يحمله الثلث خير الورثة في إجازة ما قال الميت ، أو ابتال محمل الثلث منه الساعة .

[في الذي يجحد العتق ثم تقوم عليه به بينة أو يقر ، وحكم فعله في الرقيق أثناء جحوده]

ومن أعتق عبده أو أمته ثم جحد العتق ، فاشتغل واستخدم ووطئ الأمة زماناً ، ثم قامت عليه بالعتق بينة وهو يجحد ، فلا شيء عليه من ذلك ، إلا أنه يحكم عليه بالعتق ، وإن أقر بذلك ولم ينزع فليرد الغلة على العبد ويعطيه قيمة خدمته ويحد في وطئه الأمة ، كمن ابتاع حرة وهو يعلم بها فأقر بوطئها ولم ينزع ، فإنه يحد ويغرم الصداق[6]. [وقد][7] قال مالك فيمن حلف في سفره بعتق عبده إن فعل كذا ثم قدم المدينة ففعله وحنث ، ثم استغل العبد ثم مات فكاتبه ورثته وقبضوا بعض النجوم وهم لا يعلمون بحنث صاحبهم ،

---

(١) في ز : فحمله .

(٢) في هـ : على قدر ما يوزعه عليه . وفي ز : على قدر ما يرى يوزعه عليه .

(٣) في هـ و ز و ك : كالموصي أن يكاتب .

(٤) في جميع النسخ عدا ق : بما .

(٥) في ق : أو أيس .

(٦) في ز : ويغرم الصداق وقاله مالك .

(٧) سقطت من ك و ز و هـ .

ثم قدمت[1] بعد ذلك بينة علمت بيمينه فإنه يقضى بعتق العبد الآن ولا رجوع له بغلة ولا كتابة .

قال ابن القاسم : وكذلك إن جرحه السيد أو قذفه ، ثم ثبت أنه أعتقه قبل ذلك وهو جاحد ، فلا شيء عليه ، وجعل له ابن القاسم حكم الحر مع الأجنبيين بخلاف السيد . وقال غيره[2]: إذا جحد السيد[3] العتق فأثبت عليه ببينة ، فعلى السيد ردّ الغلة إليه وله حكم الحر فيما مضى من حد أو جرح له أو عليه مع الأجنبي أو مع السيد ، ذلك سواء .

[في الذي يعتق من الغنيمة أو يطأ أو يزني أو يسرق وله فيها نصيب]

ومن أعتق عبداً من الغنيمة وله فيها نصيب ، لم يجز عتقه ، وإن وطئ منها أمة حد ، أو سرق منها بعد أن يحرز قطع ، وقال غيره[4]: لا يحد للزنا

---

(١) في ق : ثم قامت ,

(٢) الغير هنا هو أشهب ، وهذه المسألة تقدمت في كتاب الأيمان بالطلاق مفروضة فيمن طلق زوجته ثلاثاً في سفر ثم قدم قبل البينة فوطئها فقد قال مالك : إنه لا شيء عليه ؛ لأن العصمة قائمة حتى يحكم بالفراق ، وأيضاً هنا فإن الملك قائم حتى يحكم بالعتق ، وسيأتي مزيد بيان لهذه المسألة في كتاب الجنايات والرجم . انظر : التقييد (٨٢/٣) .

(٣) في ز و هـ : إذا جحد عبده .

(٤) الغير هنا هو عبد الملك بن الماجشون ، قال البناني : الصواب قول عبد الملك لا يحد الزاني بذات المغنم للشبهة ، ولا يقطع السارق حتى يسرق نصاباً فوق حظه . وقال الدسوقي : والصواب قول عبد الملك : عدم الحد للشبهة ، وعدم القطع حتى يسرق نصاباً فوق حظه . وقد مشى خليل على قول ابن القاسم فقال : « وحد زان وسارق وإن حيز المغنم » ، وسيأتي للمسألة مزيد بيان في كتاب حد السرقة . انظر : منح الجليل (١٨٠/٣)، حاشية الدسوقي (١٨٩/٢)، مختصر خليل (٩٣) .

ويقطع[1] إن سرق فوق حقه بثلاثة دراهم ؛ لأن حقه فيها واجب موروث بخلاف حقه في بيت المال ؛ لأنه لا يورث عنه .

[في النصراني يعتق عبده أو بعضه أو يكاتبه ثم يريد بيعه وكيف إن أسلم العبد]

[2] وإذا أسلم عبد النصراني ثم أعتقه ، قضي عليه بعتقه ؛ لأنه حكم بين مسلم وذمي . وفي كتاب المدبر[3] ذكر مدبر الذمي يسلم ، ولو دخل إلينا حربي بأمان فكاتب عبداً له نصرانياً ثم أراد أن يرده إلى الرق أو يبيعه ، فذلك له إلا أن يرضى أن يحكم عليه بحكم الإسلام ، فيحكم عليه بحريته ، وكذلك إن أعتق نصفه ، وبقيته له أو لغيره فلا يقضى عليه بالعتق ولا يقوم عليه حصة شريكه ، وكذلك لو كاتب عبده أو دبره ثم أراد بيعه لم يمنع ، إلا أن يسلم العبد ، وهو بيده فيؤاجر المدبر وتباع كتابة المكاتب . قيل له : فإن بتل النصراني عتق عبده النصراني [أو دبره][4] أو حلف بذلك ثم أسلم فحنث ؟ قال : إن حنث في يمينه بذلك في نصرانيته ثم أسلم أو حنث بعد إسلامه ، فلا شيء عليه ، [وكذلك][5] جميع أيمانه .

[فيمن أخدم عبده أو تصدق به ثم لحقه دين وحُكْم مال المعتق كلُّه أو بعضه]

ومن أخدم عبده رجلاً سنين ثم هو حر ، ثم استدان السيد قبل أن يقبضه المخدم فالغرماء أحق بالخدمة ويؤاجر لهم ، وإن لم يقم الغرماء حتى بتل الخدمة للذي جعلها

---

(١) في ز : ويحد للقطع .

(٢) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

(٣) سيأتي بعد هذا الكتاب .

(٤) سقطت من ك .

(٥) سقطت من ز .

له فلا سبيل للغرماء على الخدمة ، والعتق في الوجهين نافذ إلى أجله ، لا سبيل للغرماء عليه ، وكذلك لو تصدق بصدقة أو وهب هبة أو أعطى عطية فلم يبتلها للمعطي[(١)] حتى لحقه دين ، كان الغرماء أولى بذلك .

ومن أعتق عبده وللعبد على السيد دين ، فله أن يرجع به على سيده إلا أن يستثنيه السيد [أو يستثني ماله مجملاً ، فيكون ذلك له ؛ لأن العبد إذا أعتق تبعه ماله][(٢)]. قال ربيعة : علم السيد بمال العبد أو جهله ، إلا أن يستثنيه سيده . قال أبو الزناد[(٣)]: وتتبع العبد سريته كان أولدها بإذن السيد أو بغير إذنه ، وأما ولدها منه فرق للسيد ، وإذا كان بعض العبد حر ، فليس لمن ملك بقيته أن ينتزع ماله وهو موقوف بيده وله بيع حصته ، ويحل المبتاع في مال العبد محل البائع ، فإن عتق العبد يوماً ما تبعه ماله ، وإن مات كان ماله للمتمسك بالرق خاصة ، دون الذي أعتق ؛ لأنه لا يورث بالحرية حتى تتم حريته .

[في القضاء بالعتق بالمثلة]

[(٤)] ومن مثل بعبده أو بأم ولده أو بعبد لعبده أو لمدبره أو لأم ولده ، عتقوا عليه .

وكذلك إن مثّل بعبد لابنه الصغير فإنه يعتق عليه إن كان ملياً ، ويغرم قيمته للابن ، فإن قطع أنملة من أصبع عبده عمداً أو حرق شيئاً من جسده بالنار على وجه

---

(١) في ك : لم يجزها المعطي .

(٢) ما بين المعكوفتين تكرر في ق .

(٣) قول ربيعة وقول أبي الزناد كلاهما تفسير وليس بخلاف . انظر التقييد (٧٣/٣) .

(٤) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

العذاب أو أخصاه ، قال ربيعة : أو قطع حاجبيه ، قال مالك : أو سحل[1] أسنان أمته بالمبرد أو قلعهما على وجه العذاب ، فهي مثلة يعتق بها .

[وكذلك][2] قال مالك في امرأة كوت فرج أمتها بالنار ، فإن كان على وجه العذاب فانتشر وساءت منظرته[3] عتقت عليها ، وإن لم يتفاحش [ولم][4] تقبح[5] منظرته ، لم تعتق . وكذلك إن كوى عبده مداوياً أو أصابه على وجه الأدب من كسر أو قطع جارحة أو فقء عين ، فلا يعتق به[6] ، وإنما يعتق بما تعمده به .

قال ربيعة : يعتق بالمثلة المشهورة . وقال يحيى بن سعيد[7]: ويعاقب من فعل ذلك .

قال ابن القاسم : وإن جز رؤوس عبيده ولحاهم ، فليس بمثلة ، وإن مثل بمكاتبه عتق عليه ، وينظر في جرحه لمكاتبه أو قطع جارحة منه ، فيكون عليه من ذلك ما يكون على الأجنبي ، ويقاص بالأرش في الكتابة ، فإن ساواها عتق ، وإن أنافت[8] عليه الكتابة عتق ، ولا يتبع ببقيتها ، وإن أناف الأرش عليها أتبع المكاتب سيده بالفضل وعتق عليه ، وإن مثل بعبد مكاتبه

---

(١) سحلها أي : بَرَدَها ، والمسحل : المبرد . انظر : التقييد (٨٥/٣) .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ط : وساء منظره . والمثبت من باقي النسخ ، وهو الموافق للفظ المدونة .

(٤) سقطت من ق .

(٥) في ز : وقبح .

(٦) في ز و ك : عليه .

(٧) قول ربيعة وقول يحيى بن سعيد موافقان للمذهب . انظر : (التقييد ٨٥/٠٣) .

(٨) في بقية النسخ : نافت . والمثبت من ق ، وهو الجاري على الصناعة اللغوية ؛ لأن الفعل من النّيف : أناف أو نَيفَ . انظر : مختار الصحاح (٣٢٢) .

لم يعتق عليه وكان عليه ما نقصه إلا أن تكون مثلة مفسدة ، فإنه يضمنه ويعتق عليه . وكذلك في عبد زوجته مع العقوبة في تعمده .

[فيمن أجر أو أخدم عبده سنة ثم أعتقه]

(١) ومن أجر أو أخدم عبده سنة ثم أعتقه قبل السنة ، لم يعتق عليه حتى تمضي السنة ، وإن مات السيد قبل السنة لم تنتقض الإجارة والخدمة بموته ، ويعتق العبد بعد السنة من رأس ماله(٢) ، إلا أن يترك المستأجر أو المخدم للعبد بقية الخدمة ، فيعجل عتقه .

[في العبد المحاز يدعي الحرية في صغره أو كبره أو أنه هو أو ما بيده لغير حائزه ، وثبوت الاسترقاق بالشاهد واليمين]

ومن حاز صغيراً حيازة الملك وعرفت حيازته له وخدمته إياه ثم كبر فادعى الحرية ، فلا قول له . وكذلك إن ادعى الحرية في صغره وقد تقدم له فيه حوز [وخدمة](٣) ، فهو له عبد ، وإن كان إنما هو متعلق به ولم يعلم له فيه حوز ، فالصبي مصدق .

ومن بيده عبد يدعيه فقال العبد : أنا لفلان ، فهو لحائزه دون فلان ، وكذلك إن أقر العبد بثوب بيده أنه لفلان ، لم يصدق ، وهو لرب العبد إن ادعاه ؛ لأن حوز عبده كحوزه ، إلا أن يقيم فلان بينة .

ومن ادعى على رجل أنه عبده لم يحلّفه ، وإن جاء بشاهد حلف معه واسترقه ،

---

(١) في ك : قال مالك .

(٢) في ك : المال .

(٣) سقطت من ك .

وكذلك من أعتق عبده ثم قضى على السيد بدين تقدم العتق بشاهد ويمين ، فذلك يرد به العتق .

[فيمن أقام بينة في عبد حاضر أو غائب أو ميت ، وذكر اللقيط]

[ومن][1] ادعى عبداً في يد رجل وأقام بينة شهدت أنه عبده ، أحلفه القاضي بالله[2] أنه ما باع ، ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه ، ومن ادعى بيد رجل عبداً أو حيواناً أو عرضاً بعينه ، وذلك كله غائب وأتى ببينة تشهد أن ذلك له ، فإن وصفت البينة ذلك وعرفته وحلته[3] ، سمعت البينة وقضيت له به .

ومن أقام بينة على عبد قد مات بيد رجل أنه عبده ، فلا شيء له عليه إلا أن يقيم بينة أنه غصبه ؛ لأن الرجل يقول : اشتريت من سوق المسلمين ، فلا شيء عليه .

وإذا بلغ اللقيط فأقر بالملك لرجل لم يصدق وهو حر ، وإن قال ملتقطه : إنه عبدي ، لم يصدق إلا ببينة وهو حر .

قال عمر بن عبد العزيز : اللقيط حر ونفقته من بيت المال[4][5] .

[في أحد الورثة يشهد أو يقر على الميت بعتق عبد]

وإذا شهد وارثان أن الميت كان قد أعتق هذا العبد ، فإن كان معهما في الورثة

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ط : بالله الذي لا إله إلا هو .

(٣) حلته أي : وصفته . قال الزرويلي : التحلية والصفة لفظان مترادفان بمعنى واحد . انظر : التقييد (٨٦/٣) .

(٤) في ك : من بيت مال المسلمين .

(٥) انظر : مصنف عبد الرزاق (١٤/٩ ـ ١٥) ، وسنن البيهقي (٢٠٢/٦) ، الإشراف لابن المنذر (٣٠٠/١) ، المدونة (٢٢٢/٣) .

نساء ، والعبد يُرغب في ولائه ، لم تجز شهادتهما ، وإن لم يكن في الورثة نساء وكانوا رجالاً كلهم يرثون ولاءه ، جازت شهادتهما[(١)] ، وإن كان عبداً لا يُرغب في ولائه جازت الشهادة[(٢)] ، كان [في][(٣)] الورثة نساء أم لا .

وإن شهد أحد الورثة أو أقر أن أباه كان أعتق هذا العبد في صحته أو في مرضه ، والثلث يحمله ، وأنكر ذلك بقيتهم ، لم تجز شهادته ولا إقراره ولا يقوم عليه ؛ إذ ليس هو المعتق فيلزمه التقويم وجميع العبد رقيق .

ويستحب للمدبر أن يبيع حصته من العبد فيجعل ثمنه في رقبة يعتقها ويكون ولاؤها لأبيه ولا يجبر على ذلك ، وما لم يبلغ رقبة أعان به في رقبة ، فإن لم يجد ففي آخر نجوم مكاتب ، وكذلك في إقرار غير الولد من سائر الورثة .

ولو ترك الميت عبيداً سواه فقال الورثة : لا نبيع ولكن نقسم ، فذلك الذي ينبغي إن انقسم العبيد ، فإن وقع العبد الذي أقر الوارث أن أباه أعتقه في سهمه عتق[(٤)] كله بالقضاء ، وكذلك[(٥)] لو اشترى عبداً ردت شهادته في عتقه أو ورثه عتق عليه .

وإن ترك الميت عبيداً سواه وترك ابنين فقال أحدهما : أعتق أبي هذا ، وقال الآخر : بل هذا ، قسمت العبيد أيضاً ، فمن وقع في سهمه العبد الذي أقر بعتقه عتق عليه ما حمل الثلث منه ، وإن لم يقع له فليخرج مقدار نصف

---

(١) في ك : شهادتهم .

(٢) في هـ : جازت الشهادة على كل حال .

(٣) سقطت من ك .

(٤) في ك : عتق عليه .

(٥) في ك و ز : كما لو .

ذلك العبد إذا كان ثلث الميت يحمله فيجعل ذلك في رقبة أو يعين به فيها ، ولم يأمره[1] هاهنا بالبيع لانقسام العبيد ، وأما ما لا ينقسم فعلى ما[2] ذكرنا في العبد الواحد .

[في دعوى السيد أنه أعتق على مال أو يقر في مرضه بشيء فعله في الصحة]

قال ابن القاسم[3]: وإذا قال سيد العبد : أعتقته أمس على مال ، وقال العبد على غير مال ، فالقول قول العبد ، ويُحلّف كما تحلف الزوجة[4] للزوج .

قال أشهب[5]: القول قول السيد[6] ويحلف ؛ لأني أقول : لو قال لعبده : أنت حر وعليك مائة دينار ، لزمته ، ولو قال لزوجته : أنت طالق وعليك مائة دينار ، كانت طالقاً ولا شيء عليها .

[ومن][7] أقر في مرضه أنه كان أعتق عبده في مرضه ذلك فهو من ثلثه ؛

---

(١) في ك : ولم يؤمرها هنا . وفي ز : ولا يأمره .

(٢) في ك : فكما .

(٣) في ز : قال أشهب .

(٤) في ك : كما تحلف المرأة . وفي هـ : ألا ترى أنه تحلف الزوجة .

(٥) في هـ : وقال غيره .

(٦) والمشهور قول ابن القاسم أن القول قول العبد ، وإليه أشار خليل بقوله : « والقول للسيد في نفي العمد لا في عتق بمال » ، قال عليش في شرحه : وإن أعتق المالك رقيقه وتنازعا في كونه مجاناً أو على مال فلا يكون القول للسيد في دعوى عتق بمال بل القول للعبد نفسه بيمينه . انظر : مختصر خليل (٢٧٨) ، منح الجليل (٣٩٨/٩) .

(٧) سقطت من ز .

لأن ذلك وصية ، ومن أقر في مرضه أنه كان فعله[1] في صحته ، فلم يقم عليه المقر لهم حتى مرض أو مات ، فلا شيء لهم ، وإن كانت لهم بينة إلا العتق والكفالة ، فإنه إن قامت عليه بينة بعد موته أنه أقر بذلك في صحته لزمه العتق في رأس ماله ، وأخذت الكفالة من ماله ، كانت لوارث أو لغير وارث ؛ لأنه دين قد ثبت في ماله في الصحة .

[في شهادة الشريك على شريكه بعتق حصته ، وفيمن شهد بعتق ثم رجع بعد الحكم واشترى عبداً ردت شهادته]

قال ابن القاسم[2]: وإن شهد رجل أن شريكه في العبد أعتق حصته والشاهد موسر أو معسر ، فإن المعتق إن كان موسراً فنصيب الشاهد حر ؛ لأنه أقر أن ماله على المعتق قيمة[3] ، وإن كان معسراً لم يعتق من العبد شيء . وقال غيره[4]: ذلك سواء ولا يعتق منه شيء . قال سحنون : وهذا أجود ، وعليه جماعة[5] الرواة ، وقاله عبد الرحمن[6] أيضاً .

---

(١) في ز : فاعله .

(٢) في ز : قال مالك .

(٣) في ك : قيمة حصته .

(٤) الغير هنا يريد به أشهب . انظر : التقييد (٣/٨٩) .

(٥) في ك و ز : وعليه جميع الرواة .

(٦) يريد عبد الرحمن بن القاسم ـ كما في المدونة . والذي عليه المذهب قول ابن القاسم الأول أنه إن كان المعتق موسراً فنصيب الشاهد حر . قال الدردير : المتفق عليه والراجح الأول ، وإن كان قول الأقل . وإلى هذه المسألة أشار خليل بقوله : « وإن شهد على شريكه بعتق نصيبه فنصيب الشاهد حر إن أيسر شريكه ، والأكثر على نفيه كعسره » . انظر : المدونة (٣/٢٢٧)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٣٨٠)، مختصر خليل (٢٨٠) .

وإن شهد رجلان أن فلاناً أعتق عبده فأعتقه السلطان عليه ثم رجعا عن شهادتهما لم يرد الحكم ، وضمنا قيمته للسيد ، ولو ردت شهادتهما ثم اشتراه أحدهما عتق عليه ، قال أشهب[1]: هذا إن أقام على قوله بعد الشراء ، وأما إن جحد وقال : كنت كاذباً ، لم يعتق عليه .

[في دعوى العبد في العتق والزوجة في الطلاق ، وقيام شاهد بذلك]

[2] وإن ادعى عبد على سيده أنه أعتقه ، فلا يمين له عليه ، وكذلك إن ادعت امرأة أنّ زوجها طلقها ، وإن قام شاهد عدل للزوجة بالطلاق أو للأمة بالعتق ، أو شهدت بذلك امرأتان ممن تقبلان في الحقوق للزوجة والأمة ، مثل أن لا تكونا من الأمهات أو البنات أو الأخوات أو الجدات أو العمات أو الخالات ، أو من هو منها بظنة[3]، وهذا بخلاف غيره من الحقوق ، فإنه لا يحلف العبد[4] ولا المرأة مع الشاهد ولا مع المرأتين ، ولكن يحلف الزوج والسيد ، ويوقف الزوج عن امرأته ، والسيد عن عبده [وأمته][5] حتى يحلف .

---

(١) قول أشهب كأنه تقييد للإطلاق الذي في قول ابن القاسم . والتقييد بيان يحتمل أن يكون تفسيراً وليس خلافاً ، والله أعلم .

(٢) في ك : قال مالك .

(٣) أي ممن يظن بهن الحمية لها . انظر : التقييد (٣/٩٠) .

(٤) في ك : فإنه لا تحلف الأمة .

(٥) سقطت من ك .

قال [مالك :][1] فـإن نكـل [لزمـه][2] الطـلاق والعتـق[3]، ثم رجـع فقـال : يسجن حتى يحلف[4].

قال ابن القاسم : وقولـه الآخـر أحـب إليّ . وأنـا أرى إن طـال سـجنه أن يخلى سبيله ويدين ولا يعتق عليـه ولا يطلـق . وإن شـهدت بذلـك للمـرأة أختـها وأجنبيـة لم تجـز الشهادة .

وإن أقام العبد بعد موت سيده شاهداً أنـه أعتقـه لم يحلـف مـع شـاهد ، وكـان رقيقاً ، وعلى كل كبير من الورثة اليمين أنه ما علم أن الميت أعتقه .

وإن شهد للأمة بالعتق زوجها [ورجل][5] أجنبي ، لم تجز الشهادة .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في هـ : فإن نكلا قضي بالطلاق والعتاق .

(٤) تقدم ذكر قولي مالك في هذه المسألة في آخر كتاب الأيمان بالطلاق ، وقد بينـا هنـاك أن المعتمـد في المذهب قول مالك الأخير الذي رجع إليه ، واستحسنه ابن القاسـم ، وهـو أنـه يسـجن حتى يحلف ، فإن طال ولم يحلف ديّن . وإليه أشار خليـل بقولـه : « وحلـف بشـاهد في طـلاق وعتـق لا نكاح ، فإن نكل حبس ، وإن طال دين » . وقـول ابـن القاسـم هنـا : وأنـا أرى . . . إلخ ، هذا بقية قول مالك الأخير الذي رجع إليـه ـ كمـا صـرح بذلـك ابـن القاسـم في كتـاب الأيمـان بالطلاق حين قال : « وبلغني عنه (مالك) أنه قـال : إذا طـال سـجنه ديـن وخلـي بينـه وبينـها ولم يطلق عليه وإن لم يحلف ، وهو رأي » . وهذا التفصيل لا بد منه لهذه الروايـة وإلا فـلا يعقـل أن قوله : يسجن حتى يحلف ، على ظاهره ؛ لأن ذلك فيه ضرر عليـه وعلـى الزوجـة . انظـر : التقييـد (٣٨٩/٢)، منـح الجليـل (١٥٥/٤) (٤٨٨/٨)، مختصـر خليـل (٢٥٢)، وانظـر (ص ٣٥٤ و ٣٥٩) من هذا الجزء .

(٥) سقطت من ك .

[في اختلاف الشهادة في العتق وإيقافها واقتضائها]

وإن شهد شاهد لعبدٍ أن سيده بتله[1] في الصحة وشهد آخر أنه دبره فقد اختلفا ، ولا تجوز شهادتهما . قال غيره[2]: لأن هذا صرفه إلى الثلث ، وهذا إلى رأس المال[3]، ويحلف السيد مع كل واحد منهما فإن نكل سجن .

وإن قال أحدهما : أعتقه بتلاً ، وقال الآخر : إلى أجل ، فقد اتفقا في العتق ، ويحلف السيد مع شاهد البتل ، فإن أقرّ عجل عتق العبد ، وإن حلف عتق [العبد][4] إلى الأجل ، وإن نكل عن اليمين سجن ، وإن شهد شاهد أن هذا الميت عبد فلان وأنه أعتقه ، وشهد آخر أنه عبده وأنه كاتبه ، فشهادتهما جائزة على إثبات الرق ؛ لأنهما اجتمعا عليه .

وما اختلف فيه من الكتابة والعتق ، لم تجز شهادتهما فيه . وإن شهدت بينة أن هذا عبد فلان أعتقه وشهدت بينة أخرى أنه لفلان رجل آخر [ملكاً][5] وتكافآ ، قضيت بحريته ؛ لأن العتق حيازة إلا أن يأتي الآخر بما هو أثبت . قال غيره[6]: وهذا

---

(١) في ك : بتل عتقه .

(٢) قال الزرويلي : قول الغير تتميم وفاق . انظر : التقييد (٣/٩٠) .

(٣) الذي إلى الثلث المدبر ، والذي إلى رأس المال المبتل وهو المنجر عتقه ـ كما تقدم ـ .

(٤) سقطت من ز .

(٥) سقطت من ز .

(٦) في المدونة : وقال غيره من الرواة ، أي غير ابن القاسم ، والمسألة ـ كما ترى هنا ـ تعارض حوزين : حوز العبد لنفسه بالعتق ، وحوز غيره له بالملك ، فجعل ابن القاسم حوزه لنفسه بالعتق أقوى وجعل غيره من الرواة حوز غيره له بالملك أقوى ، ولم أقف على تشهير أو ترجيح بين القولين في كتب المذهب . وانظر : المدونة (٣/٢٢٩)، التقييد (٣/٩١) .

إذا لم يكن العبد في حوز أحدهما . وقال ابن القاسم : بل لو كان في حوز من شهد له بالملك فقط لقضيت بحريته ؛ لأنه عبد قامت له بينة أنه حر ، وأما لو قامت[1] بينة الذي ليس هو في يديه أنه عبده كاتبه أو دبره ، لقضي لحائزه بملكه وبطل ما سوى ذلك . قال غيره[2]: هو [لمن هو][3] في يديه في ذلك كله ؛ إذ لا يصح عتق حتى يثبت الملك ، وإذ لو أقام كل واحد منهما بينة أنه وُلد عنده [وتكافآ لقضيت به لحائزه ، وتسقط بينة المدعي إذ لم يثبت له ملكه ، ولا عتق إلا بعد ثبات الملك . أرأيت لو قالوا : ولد عنده][4] وأعتقه ، أكان العتق يوجب له ما لم يملك . أرأيت لو شهدت بينة الحائز أنه يملكه منذ سنة وشهدت بينة المدعي أنه يملكه منذ عشرة أشهر ، وأنه أعتقه ، أكان[5] العتق يوجب له الملك .

* * *
* *
*

(١) في ك و ق : قالت .

(٢) الغير هنا هو نفس الغير المتقدم في الشق الأول من المسألة ، وسبب الخلاف بين ابن القاسم وغيره من الرواة هو تعارض الحوزين ـ كما تقدم ـ وقد أتى سحنون هنا بعدة تعليلات لقول الغير . انظر : التقييد (٣/٩١) .

(٣) سقطت من ك .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٥) في ق : لكان .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

﴿ كتاب التدبير[(١)] ﴾

[فيما يلزم به التدبير أو لا يلزم]

[(٢)] والتدبير لازم لموجبه[(٣)] على نفسه في يمين ، أو بغير يمين ، فمن قال : إن اشتريت هذا العبد فهو مدبر فابتاع بعضه[(٤)] فذلك البعض[(٥)] مدبر ولشريكه أن يقاويه[(٦)].

قال [سحنون][(٧)]: أو يقوم عليه أو يتماسك[(٨)]؛ لأنه يقول : لا أخرج عبدي

---

(١) التدبير في اللغة عتق الرجل عن دبر ، وفي اصطلاح الشرع عرفه ابن عرفة بأنه : « عمد يوجب عتق مملوك في ثلث مالكه بعد موته بعتق لازم » ، وعرفه خليل بأنه : « تعليق مكلف رشيد وإن زوجة ، في زائد الثلث العتق بموته لا على وصية » . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٧٣٧) ، مختصر خليل (٢٨٠) .

(٢) في ك : قال ابن القاسم .

(٣) في ز : لمن أوجبه .

(٤) في ك : نصفه .

(٥) في ك : النصف .

(٦) تقدم معنى المقاواة وأنها : تزايد الشريكين في قيمة الرقيق حتى يقف على أحدهما ويسلمه له الآخر ، وتقدم لها تفسير آخر عن مطرف ، انظر (ص ٤٩٦) . والقول بالمقاواة هنا يرد ما تقدم من قوله في كتاب العتق ، ولا يتقاوياه ، وكانت المقاواة ضعيفة عند مالك . وقد بينا في تعليق هناك أنها قوية ونقلنا قول سحنون : بل هي قوية لحق الشريك . . . إلخ .

(٧) سقطت من ز .

(٨) يتحصل من إضافة سحنون هنا أن الشريك في المدبر مخير بين أربعة أمور إن شاء دبر ، وإن شاء تماسك ، وإن شاء قوم ، وإن شاء قاوى . انظر : التقييد (٣/٩٢) .

من يدي إلى غير عتق ناجز . قيل : فمن قال في صحته لعبده : أنت حر يوم أموت ، قال : قال مالك فيمن قال في صحته لعبده : أنت حر بعد موتي ، [فأراد بيعه][1] أنه يسأل فإن أراد وجه الوصية صدق وباعه أو رجع عن ذلك إن شاء ، وإن أراد التدبير صدق ومنع من بيعه . قال ابن القاسم : وهي وصية أبداً حتى يتبين أنه أراد التدبير[2]. وقال أشهب : إن قال هذا في غير إحداث وصية لسفر أو مما جاء[3] أنه لا ينبغي لأحد أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة ، فهو تدبير إذا قال ذلك في صحته .

وإن قال له : أنت حر بعد موتي وموت فلان ، فهو من الثلث ، وكأنه قال : إن مات فلان فأنت حر بعد موتي ، وإن مت أنا فأنت حر بعد موته ، [وقاله أشهب[4]: ولو قال له : إن كلمت فلاناً فأنت حر بعد موتي][5]، فكلمه ، لزمه ما أوجب على نفسه[6] بعد الموت وعتق بعد موته من ثلثه ، وصار ذلك شبيهاً بالتدبير ، وإن قال له : أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر ، فهو من الثلث ويلحقه الدين .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) وهذا هو المشهور في المذهب . انظر : منح الجليل (٩/٤٢٥) .

(٣) يشير إلى الحديث المتفق عليه عن ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال : « ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » . رواه البخاري (٢٧٣٨)، ومسلم (١٦٢٧) .

(٤) قوله هنا : « وقاله أشهب » كأنه يشير إلى موافقة أشهب لابن القاسم في هذه المسألة مع كثرة مخالفته له في هذا الباب في مثل هذه المسائل . والله أعلم .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٦) في ك و هـ : لزمه ما أوجب من عتقه بعد الموت .

[فيمن دبر جماعة أو واحداً أو بتل في المرض كيف يعتقون ، وما يبدى به من المبتل والمدبر ، وكيف لو كان على السيد دين]

[1] ومن مات وترك مدبرين فإن كان دبّر واحداً بعد واحد في صحة أو مرض ، أو دبر في مرض ، ثم صح فدبر ، ثم مرض فدبر ، فذلك سواء ، ويبدأ الأول فالأول إلى مبلغ الثلث ، فإن بقي أحد منهم رق ، ولو دبرهم في كلمة في صحة أو مرض ، عتق جميعهم إن حملهم الثلث وإن لم يحملهم الثلث ، لم يبدَّ أحد منهم على صاحبه ، ولكن يفضّ الثلث على جميعهم بالقيمة ، فيعتق من كل واحد حصته منه . وإن لم يدع غيرهم عتق ثلث كل واحد [منهم][2] ولا يسهم بينهم ، بخلاف المبتلين في المرض ، ويبدّى المدبر في الصحة على المبتل في المرض ، ويعتق المدبر في الثلث أو ما حمل منه ، فإن لم يدع غيره عتق ثلثه . وإن كان على السيد دين لا يغترقه بيع منه للدين ثم عتق ثلث بقيته ، وإن اغترقه الدين رق ، فإن بيع فيه ثم طرأ مال للميت نقض البيع وعتق في ثلثه .

[فيما هلك من التركة قبل تقويم المدبر وحرمة المدبر والنظر إلى قيمته]

وما هلك من التركة قبل تقويم المدبر لم يحسب ، وكأنه لم يكن ، ولو لم يبق إلا المدبر لم يعتق إلا ثلثه .

وللمدبر حكم الأرقاء في حرمته وحدوده ، وإن مات السيد حتى يعتق في الثلث ، وإنما ينظر إلى قيمته يوم النظر فيه لا يوم الموت .

---

(١) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

(٢) سقطت من ك .

[فيما حدث من ولد للمدبر أو العتق إلى أجل ، أو الموصى بعتقه ، والقضاء في مال المدبر]

[1] وما ولدت المدبرة أو ولد للمدبر من أمته بعد التدبير قبل موت السيد أو بعده فبمنزلتها ، والمحاصة بين الآباء والأبناء في الثلث ، ويعتق محمل الثلث من جميعهم بغير قرعة . وإن دبر حاملاً فولدها مدبر بمنزلتها .

وما ولدت أم الولد من غير السيد أو معتقة إلى سنين أو مخدمة إلى سنين ، وليس فيها عتق ، فولدها بمنزلتها ، وولد المعتق إلى أجل من أمته بمنزلته ، وما ولدت الموصى بعتقها أو وُلد للموصى بعتقه من أمته قبل موت سيدهم فهم رقيق . وما ولد لهم بعد موته فبمنزلتهم يعتق من جميعهم محمل الثلث .

قال ابن وهب عن مالك في عبد دبره سيده ، ثم توفي ولم يدع غيره فعتق ثلثه ، ثم وقع العبد على جارية فولدت أولاداً ثم توفي العبد وترك مالاً كثيراً ، أو لم يترك شيئاً ، قال : يعتق من ولده مثل ما عتق منه ، ويرق باقيهم ويخدمون مسترق باقيهم بقدر الذي رق منهم .

وعقل المدبرة وعملها وغلتها لسيدها ، وأما مهرها ومالها ما كسبت منه قبل التدبير أو بعده ، فهو موقوف بيدها ، وللسيد انتزاعه ، وانتزاع مال أم ولد مدبرة ما لم يمرض ، فإذا مرض لم يكن له ذلك ، كما له انتزاع مال المعتق إلى أجل ، ما لم يقرب الأجل ، فإذا قرب لم يكن له ذلك ، فإن لم ينتزع السيد مال المدبرة حتى مات ، قوّمت في الثلث بمالها ، فإن حمل الثلث بعضها أُقر المال كله بيدها .

---

(١) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

[في تدبير أحد الشريكين أو كليهما وعتق أحدهما]

[قال مالك :][1] وإن دبر أحد الشريكين أمة بينهما تقاوياها[2] ، فإن صارت لمن دبر كان جميعها مدبراً ، وإن صارت للذي لم يدبر كانت رقيقاً كلها ، إلا أن يشاء الذي لم يدبر أن يسلمها إلى الذي دبر ، ويتبعه بنصف قيمتها فذلك له .

وإن كان عبد بين ثلاثة[3] فدبر أحدهم نصيبه ثم أعتق آخر وتماسك الثالث ، فإن كان المعتق مليئاً قوم عليه حظ شركائه بالرق ، وعتق عليه جميعه ، وإن كان المعتق معسراً فللمتمسك بالرق مقاواة الذي دبر ، إلا أن يكون العتق قبل التدبير والمعتق عديم ، فلا يلزم الذي دبر مقاواة المتمسك ؛ إذ لو أعتق بعد عتق المعدم لم يقوم عليه وإن كان مليئاً .

ولا بأس أن يدبر أحد الشريكين نصيبه بإذن شريكه ، وللمتمسك بيع حصته إذا بيّن أن نصفه مدبر ، وليس للمبتاع مع الذي دبر مقاواة .

وإذا دبر رجلان أمة بينهما معاً ، أو واحد بعد واحد ، فهي مدبرة لهما ، فإن مات أحدهما عتقت حصته في ثلثه ، ولا يقوم عليه نصيب صاحبه ، فإن كان ثلثه لا يحمل حصته منها عتق منه ما حمل الثلث ورق باقيه لورثته ، ثم ليس للورثة مقاواة الشريك ، ثم إن مات السيد الثاني عمل في نصيبه كالأول ، ولو دبر أحد الشريكين حصته ثم أعتق الآخر نصيبه أو أعتق أحدهما حصته من مدبر بينهما قوم على المعتق حصة شريكه قيمة عبد ، وقاله جميع الرواة .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) تقدم معنى المقاواة .

(٣) في ك : ثلاثة نفر .

وكذلك يقوم المدبر وأم الولد والمعتق إلى أجل في جراحهم وأنفسهم قيمة عبد[1].

[في المدبر يرهن أو يباع فيموت أو يعتق أو توطأ إن كانت أمة]

ولا بأس أن يرهن المدبر ويكون المرتهن بعد موت السيد أحق به من الغرماء ، [فإن لم يدع سيده غيره بيع المرتهن في دينه ؛ لأنه قد حازه ، ولو لم يقبضه بيع لجميع الغرماء ، ولا يباع المدبر في حياة سيده في فلس ولا غيره إلا في دين][2] قبل التدبير . ويباع بالموت إذا اغترقه الدين ، سواء كان التدبير قبل الدين أو بعده .

ولا تمهر مدبرك لزوجتك ؛ لأن ذلك بيع ، وبيعه[3] لا يجوز ، وإذا بيع ففسخ البيع وقد أصابه عيب مفسد بيد المبتاع ، فعليه ما نقصه .

ولا بأس أن تأخذ مالاً على أن تعتق مدبرك وولاؤه لك ، ولا أحب لك أن تبيعه ممن يعتقه .

ومن باع مدبره فمات في يد المبتاع فمصيبته من المبتاع ، وينظر البائع إلى الثمن الذي قبض فيه ، فيحبس منه قدر قيمته أن لو كان يحل بيعه على رجاء العتق له وخوف الرق عليه ، كمن استهلك زرعاً فيغرم قيمته على الرجاء والخوف ، فما فضل بعد ذلك بيد البائع فليشتر به رقبة يدبرها ، فإن لم يبلغ أعان به في رقبة . فأما إن أعتقه المشتري أنفذ العتق وكان ولاؤه للمبتاع ، وكان جميع الثمن سائغاً لبائعه ، ولا يرجع عليه المبتاع بشيء ، وكذلك إن كانت مدبرة فوطئها المبتاع

(١) في هـ و ز : قيمة عبيد .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٣) في ك : وبيع المدبر .

فحملت منه ، فإن التدبير ينتقض وتصير أم ولد للمبتاع ولا يرجع على البائع بما بين قيمتها مدبرة وقيمتها غير مدبرة .

[في المدبر يكاتبه سيده وحده أو مع عبد آخر]

ولا بأس بكتابة المدبر ، فإن أدى عتق ، وإن مات السيد عتق في ثلثه ، ويقوم بماله في الثلث ، ويسقط عنه باقي الكتابة ، وإن لم يحمل الثلث رقبته عتق منه محمل الثلث ، وأُقر ماله بيده ، ووضع عنه من كل نجم عليه بقدر ما عتق منه ، [فإن عتق][1] نصفه وضع عنه نصف كل نجم بقي عليه ، وإن لم يدع غيره عتق[2] ثلثه ، ووضع عنه ثلث كل نجم بقي عليه ، ولا ينظر إلى ما أدى قبل ذلك ، ولو لم يبق عليه إلا نجم [واحد][3] لعتق ثلثه ، وحط عنه ثلث ذلك النجم ، ويسعى فيما يبقى عليه . فإن أدى خرج جميعه حراً ، وإن مات سيده وعليه دين فاغترق الدين قيمة رقبته كان كمكاتب تباع [للدين][4] كتابته ، فإن أدى فولاؤه لعاقدها ، وإن عجز رق لمبتاعه ، وإن اغترق الدين بعض الرقبة بيع من كتابته بقدر الدين ، ثم عتق من رقبته بقدر ثلث ما لم يبع من كتابته وحط عنه من كل نجم ثلث ما لم يبع من ذلك النجم ، فإن أدى خرج حراً[5] وولاؤه للميت ، وإن عجز فبقدر ما بيع[6] من كتابته يرق لمبتاعه من رقبته ، وما عتق منه يكون حراً لا سبيل لأحد عليه ، وباقي

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ك : عتق عليه ثلثه .

(٣) سقطت من ق و هـ .

(٤) سقطت من ك .

(٥) في ك : فإن أدى عتق .

(٦) في هـ : وإن عجز رق للمبتاع بقدر ما اشترى .

رقبته بعد الذي عتق منه يبقى للورثة رقاً[1].

ولا بأس أن يكاتب الرجل عبده مع مدبره كتابة واحدة ، فإن مات فضت الكتابة على قدر قوتيهما على الأداء يوم الكتابة ، ويعتق المدبر في الثلث ، وتسقط حصته عن صاحبه ، ويسعى العبد في حصته وحده ، ولا يسعى المدبر معه ؛ لأنه إنما دخل معه على أن يعتق بموت السيد فلا حجة له ، بخلاف عتق السيد لأحد العبدين في الكتابة إذا لم يعقدا على هذا . فإن لم يحمل المدبر الثلث عتق منه محمله ويسقط [عنه][2] من الكتابة بقدر ذلك ويسعى في باقي الكتابة هو وصاحبه ، ولا يعتق بقيته إلا بصاحبه ، ولا صاحبه إلا به ، فإن عتقا رجع من أدى منهما على صاحبه بما أدى عنه ، إلا أن يكونا ذوي رحم لا يملك أحدهما الآخر ، فلا يتراجعان بشيء .

وقال أشهب[3]: لا يجوز أن يكاتب عبده ومدبره كتابة واحدة للخطر على العبد بعتق المدبر ، وفي المكاتب إيعاب هذا[4].

---

(١) في ك : يكون رقاً للورثة .

(٢) سقطت من ق .

(٣) والمعتمد قول ابن القاسم : لأن كتابة الجماعة جائزة وتقضى الكتابة على قدر قوتهم ، وكل واحد حميل بصاحبه لا يعتق إلا بأداء الجميع ـ كما سيأتي في كتاب المكاتب ـ . قال خليل في مختصره : « ومكاتبة جماعة لمالك فتوزع على قوتهم على الأداء يوم العقد ، وهم وإن زمن أحدهم حملاء مطلقاً فيؤخذ من المليء الجميع ويرجع إن لم يعتق على الدافع » . ولا ينظر للخطر الذي قال أشهب ؛ لأنه يجوز بين العبد وسيده ما لا يجوز في البيوع . انظر : التقييد (٣/٩٨)، مختصر خليل (٢٨١ ـ ٢٨٢) .

(٤) كتاب المكاتب هو الذي يلي هذا الكتاب .

[في المدبرة يطؤها أحد الشريكين فتحمل ، ومن دبر حمل أمته]

[(١)] ولو أن مدبرة بين رجلين وطئها أحدهما فحملت ، فإنها تقوم عليه ، وتصير له أم ولد إذ ذلك[(٢)] آكد لها ، وقاله جميع الرواة .

وإن كان الواطئ معسراً خير شريكه بين اتباعه بنصف قيمتها وتصير أم ولد له وبين التمسك بحصته واتباعه بنصف قيمة الولد يوم استهلاله ، ثم لا تقويم عليه إن أيسر . فإن مات الواطئ عديماً عتق عليه نصيبه من رأس ماله ؛ لأنه بحساب أم ولد ويبقى نصيب المتمسك مدبراً .

وإن مات الذي لم يطأها وقد كان تمسك بنصيبه وعليه دين يَرُدُّ التدبير ، بيعت حصته فإن ابتاعها الواطئ ليسر حدث له ، حل له وطؤها ، فإن مات فنصفها رقيق ونصفها عتيق من رأس ماله .

ومن دبر ما في بطن أمته ، لم يجز له بيعها وله أن يرهنها .

[في ردة المدبر وحصوله في الغنيمة]

[(٣)] وإذا ارتد المدبر ولحق بدار الحرب ثم ظفرنا به ، استتيب ، فإن تاب وإلا قتل ، فإن تاب لم يقسم ورد إلى سيده إن عُرف ، فإن جهلوا أنه مدبر حتى اقتسموا ثم جاء سيده ، فله أن يفديه بالثمن ويرجع مدبراً ، فإن أبى خدم من صار إليه في الثمن الذي حسب به عليه ، فإن أوفى وسيده الأول حيّ رجع إليه مدبراً ، وإن هلك السيد وقد تركه بيد من صار في سهمه يختدمه في ثمنه فمات السيد قبل

(١) في ك : قال مالك .

(٢) في ط : إذ ذاك .

(٣) في ك : قال ابن القاسم .

وفاء ذلك خرج من ثلثه حراً واتبع بباقي الثمن ، فإن لم يسعه الثلث عتق ما وسع منه ورق ما بقي لمشتريه ؛ لأن سيده أسلمه ولا قول لورثته فيه .

قال غيره[1] : إن حمله الثلث عتق ولم يُتبع بشيء ، وإن حمل بعضه لم يتبع حصة[2] البعض العتيق بشيء ، وهذا بخلاف الجناية التي هي فعله .

وإن رهق السيد دين ، أبطل الثلث ورق جميعه لمشتريه .

[في إسلام مدبر النصراني ومدبر المرتد وادعاء العبد على سيد التدبير]

وإذا أسلم مدبر النصراني أو ابتاع مسلماً فدبره واجرْناهُ[3] له ، وقبض غلته ولم يتعجل رقه بالبيع ، إذ قد[4] يعتق بموت سيده ، فإن أسلم النصراني قبل موته رجع إليه عبده ، وكان له ولاؤه ، وإن لم يسلم حتى مات عتق في ثلثه ، وكان ولاؤه للمسلمين ، إلا أن يكون للنصراني ولد أو أخ مسلم ممن يجرُّ ولاءه إليه ويرثه فيكون ولاء المدبر له دون جماعة المسلمين ، وهذا كله إن أسلم المدبر بعد التدبير ، وأما إن دبره والعبد مسلم فولاؤه للمسلمين ، ولا يرجع إلى النصراني وإن أسلم ، ولا إلى ولده المسلمين .

وإن أعتق في الثلث نصفه والورثة نصارى ، بيع عليهم[5] نصفه من مسلم ، فإن لم يكن له ورثة رق نصفه للمسلمين .

---

(١) الغير هنا : عبد الملك ابن الماجشون ، وقد قال ابن المواز : والقول ما قال عبد الملك . انظر : التقييد (٣/٩٩) .

(٢) في ك : من حصة .

(٣) واجرناه بمعنى : أجّرناه .

(٤) في ك : إذ قد .

(٥) في ق : بيع عليه النصف من مسلم .

وقال غيره[1]: لا يجوز لنصراني شراء مسلم ، فإذا أسلم عبده ثم دبره عتق عليه ؛ لأنه منعنا من بيعه عليه بالتدبير .

وإذا ارتد السيد ولحق بدار الحرب أوقفت مدبريه إلى موته كماله ، ولا يعتقون إلا بعد موته .

وإذا ادعى العبد أن سيده قد دبره أو كاتبه وأنكر المولى ، لم يلزمه يمين إلا أن يقيم شاهداً ، وهذا مثل العتق .

[فيمن أعتق عبده بعد موت رجل أو بعد خدمته أو غيره مدة ، وكيف إن مات المخدم أو الخادم في المدة]

ومن قال في صحته لعبده : أنت حر بعد موت فلان ، أو قال : بعد موته بشهر ، فهو من رأس المال ، معتق[2] إلى الأجل ، ولا يلحقه دين ، وإن[3] مات السيد قبل فلان[4] خدم العبد ورثة السيد إلى موت فلان ، أو إلى بعد موته بشهر ، وخرج حراً من رأس المال ، ولو قال ذلك في مرضه عتق العبد في الثلث إلى أجله وخدم الورثة حتى يتم الأجل ، ثم هو حر ، وإن لم يحمله الثلث خير الورثة في إنفاذ الوصية ، أو يعتقوا من العبد محمل الثلث بتلاً .

---

(١) لم أقف على تسمية الغير هنا ، والمشهور قول ابن القاسم ، وإليه أشار خليل بقوله : « ونفذ تدبير النصراني لمسلم وأجر له » ، قال عليش : وإن دبر نصراني عبده الذي أسلم أو اشتراه مسلماً نفذ تدبير النصراني . . . » . انظر : مختصر خليل (٢٨٠)، منح الجليل (٤٢٧/٩) .

(٢) في ك : يعتق .

(٣) في ك و ز : فإن .

(٤) في ك و ز : قبل موت فلان .

وإن قال له : إن خدمتني سنة فأنت حر ، فمات السيد قبلها ، خدم العبد ورثة السيد ، فإذا تمت السنة عتق[1] ، ولو وضع عنه السيد الخدمة عُجّل عتقه ، وإن قال له : أخدم فلاناً سنة وأنت حر ، فمات فلان قبل السنة خدم العبد ورثة فلان بقية السنة ، ثم هو حر .

وأما في قوله : أخدم ولدي أو أخي أو ابن فلان[2] [سنة][3] وأنت حر ، فيموت الـمُخْدَمُ قبل السنة فإن أراد به الحضانة والكفالة عجل عتق العبد بموت المخدَم ، وإن أراد به الخدمة خدم العبد ورثة المخدَم بقية السنة ، ثم هو حر .

وإن قال له : أنت حر على أن تخدمني سنة ، فإن أراد أن يكون العتق بعد الخدمة فذلك له ، ولا يعتق [حتى][4] يخدم ، وإن أراد تعجيل العتق وشرط عليه الخدمة ، عتق ولا خدمة عليه .

وإن قال له : أنت حر بعد سنة ، أو : إذا خدمتني سنة ، قال هذه السنة بعينها أو لم يقل فهو سواء ، وتحسب السنة من يوم قوله ، وإن أبق فيها العبد أو مرض فصح بعد زوالها عتق ولا شيء عليه ، ألا ترى أن من أكرى داره أو دابته أو غلامه فقال : أكريتكها سنة ، أنها تحسب من يوم قوله ؟ ولو قال : هذه السنة بعينها ، كان كذلك أيضاً .

* * *

---

(١) في ك : فإذا تمت السنة خرج حراً .

(٢) في ق : أو أخي أو أبي سنة . والمثبت من باقي النسخ وهو الموافق لما في المدونة .

(٣) سقطت من ك .

(٤) سقطت من ك .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب المكاتب[1] ﴾

[في الكتابة والوضع منها ، ومن كاتب بغرر أو طعام مؤجل ، أو وجد عيباً بما أخذ]

قال الله سبحانه وتعالى : ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾[2] ، فكان ذلك ندباً ندب الله تعالى إليه ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ﴾[3] فضل قد حضّ الله عليه .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : هو أن يوضع عن المكاتب من آخر كتابته .

وقد وضع ابن عمر خمسة آلاف من خمسة وثلاثين ألفاً[4]. وقال علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ : ربع الكتابة[5]. وقال النخعي : هو شيء حُثّ عليه المولى وغيره[6].

---

(١) الكتابة عرفها ابن عرفة بأنها : « عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه » . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٧٤١) .

(٢) سورة النور ، الآية (٣٣) .

(٣) سورة النور ، الآية (٣٣) .

(٤) رواه عنه مالك في الموطأ بلاغاً . الموطأ ، كتاب المكاتب ، باب القضاء في المكاتب (٧٨٨) .

(٥) انظر : تفسير ابن كثير (٥/٩٧). وقد أورد قول علي هذا مرفوعاً ثم قال : ورفعه منكر ، والأشبه أنه موقوف على علي ـ رضي الله عنه ـ .

(٦) انظر المرجع السابق (٥/٩٧) .

ومن كاتب عبده على وصفاء[1][2] حمران أو سودان ولم يصفهم ، جاز ، وله وسط من ذلك الجنس كالنكاح . وإن كاتبه على وصيف أو وصيفين ولم يصف ذلك جاز ، وله الوسط من ذلك . وإن أوصى أن يكاتب عبده ولم يسم شيئاً كوتب بقدر كتابة مثله في أدائه وخراجه ، وإن كاتبه على قيمته جاز ، وينجم عليه الوسط من قيمته . وإن كاتبه على عبد فلان جاز بخلاف النكاح . وإن كاتبه على لؤلؤ غير موصوف لم يجز ؛ لتفاوت الإحاطة بصفته ، وإن كاتبه على عبد موصوف فعتق[3] بأدائه ثم ألفاه السيد معيباً ، فله رده ويتبعه بمثله إن قدر ، وإلا كان عليه ديناً ، ولا يرد العتق ، وكذلك إن نكحت امرأة على عبد موصوف فألفته معيباً بعد قبضه ، فلها رده وأخذ مثله ، وإن كاتبه على طعام مؤجل جاز أن يصالحه منه على دراهم معجلة ، ولا خير في بيعه من أجنبي[4] .

[فيمن فسخ ما على مكاتبه أو قاطعه او استأجره أو كاتبه بغير أجل أو على خدمة شهر]

ولا بأس أن تفسخ ما على مكاتبك من عين أو عرض حل أو لم يحل ، في عرض مؤجل أو معجل مخالفاً[5] للعرض الذي عليه أو من صفته بخلاف البيوع ، ولا يبيعه من

---

(١) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : . . أو على طعام أو أوصى بكتابة عبده أو قطاعة المكاتب ، قيل لابن القاسم : فمن كاتب عبده على شيء من الغرر ، وما لا يجوز في البيوع أتجوز الكتابة أم لا.

(٢) وصفاء : جمع وصيف ، وهو الغلام دون المراهق . انظر : المصباح (٦٦١) .

(٣) في ك : فقبضه فعتق .

(٤) أي : ولا خير في بيع الطعام ـ المؤجل على المكاتب ـ من أجنبي ولا مصالحته عليه ، وإنما يجوز ذلك مع المكاتب فقط ، ونفي الخير هنا بمعنى الحرمة ، كما صرح به في المدونة فقال : « وإن باعه من أجنبي لم يحل إلا أن يتعجله » . انظر : المدونة (٢٣٢/٣) .

(٥) في ز و هـ : مخالف .

أجنبي إلا بثمن معجل ، ولا بأس أن تقاطعه[1] على أن تضع عنه ويتعجل ، أو تؤخره ويزيدك ، أو على أن تفسخ الدنانير التي عليه في دراهم إلى أجل وتعجل عتقه .

قال مالك : ومن كره أن يقاطعه على أن يضع عنه ويتعجل فإنما جعل ذلك كالدين ، وليس هو مثله ؛ لأن الكتابة ليست بدين ثابت ، ألا ترى أنه لا يحاص بها[2] في فلس المكاتب ولا موته ، وإنما هو كمن قال لعبده : إن جئتني بكذا فأنت حر ، ثم قال له : إن جئتني بأقل من كذا فأنت حر ، فهذا لا بأس به .

قال ابن شهاب : لم يكن أحد من الصحابة يتقي المقاطعة[3] على الذهب والورق إلا ابن عمر ، [أبى][4] أن يعطي عرضاً[5].

قال مالك : ولا بأس أن يستأجره بما عليه من الكتابة في عمل يعمله ، أو يقاطعه

---

(١) تقدم معنى المقاطعة ، وهي أن ينجز السيد عتق عبده الذي كاتبه بمال معجل يدفعه له المكاتب أو بمعنى آخر يأخذ منه عاجلاً نظير ما كاتبه عليه ، إلا أنه هنا جعل المقاطعة تكون في التأخير أيضاً ، أي أنه يزيد عليه ثمن الكتابة نظير تأخير الأجل ، وقد قيل : إن المقاطعة سميت بهذا لأن المكاتب قطع طلب سيده عنه بما أعطاه ، وقيل : لأنه قطع بتمام حريته أو قطع ما كان له عنده . انظر : منح الجليل (٩/٤٥٠ ـ ٥٤١)، التقييد (٣/١٠٥)، الموطأ (٢/٧٩٢) بتحقيق وتعليق : محمد فؤاد عبد الباقي .

(٢) في ك : به الغرماء .

(٣) في هـ : القطاعة .

(٤) سقطت من ك و ز و ق . والمثبت من هـ .

(٥) انظر : الموطأ (٢/٧٩٤ ـ ٧٩٥)، المدونة (٢٣٧). وقد رويت المقاطعة بالذهب والورق عن ابن عباس وأم سلمة وغيرهما ، قال ربيعة : مازال أمر المسلمين على أن يجيزوا مقاطعة المكاتب بما قاطع به من عرض أو فرض ذهب أو ورق . وقال مالك : الأمر عندنا في الرجل يكاتب عبده ثم يقاطعه بالذهب . . . أنه ليس بذلك بأس .

على حفر بئر طولها كذا ، وإن كاتبه على ألف درهم ولم يضرب لها أجلاً ، نجمت عليه . وإن كره السيد على قدر ما يرى من كتابة مثله وقدر قوته ولا تكون حالّة والكتابة عند الناس منجمة ، وكذلك إن أوصى أن يكاتب بألف درهم ولم يضرب لها أجلاً .

وإن كاتبه على خدمة شهر ، جاز عند أشهب[1] ولا يعتق حتى يخدم شهراً .

قال ابن القاسم : إن عجل عتقه على خدمة شهر بعد العتق فالخدمة باطلة[2] ، وهو حر ، وإن أعتقه بعد الخدمة لزمت العبد الخدمة .

[فيما يجوز وما لا يجوز من الشروط في الكتابة ، وحكم المكاتب قبل أداء الكتابة ، وحكم ولده]

[قال مالك :][3] وكل خدمة اشترطها السيد بعد أداء الكتابة فباطل ، وإن شرطها في الكتابة فأدى العبد قبل تمامها سقطت .

ومن شرط على مكاتبه أنه إن عجز عن نجم من نجومه فهو رقيق ، أو إن لم يؤد نجومه إلى أجل كذا فلا كتابة له ، لم يكن للسيد تعجيزه بما شرط ، ولا يعجزه إلا السلطان ، بعد أن يجتهد له في التلوم بعد الأجل ، فمن العبيد من يرجى له في التلوم ، ومنهم من لا يرجى له ، فإن رأى له وجه أداء تركه ، وإلا عجزه . والقطاعة كذلك في التلوم [بعد][4] الأجل ، وحكم المكاتب حكم الأرقاء في الميراث والشهادة والحدود وغيرها ، حتى يؤدي ما عليه أو يعجز .

---

(١) قال الزرويلي : وكذلك يجوز عند ابن القاسم . انظر : التقييد (١٠٥/٣) .

(٢) في ك و ز و ق : باطل .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) سقطت من ك .

وإن كاتبه على ألف دينار على أنه إذا أدى وعتق فعليه مائة دينار ، فذلك جائز ؛ لأن مالكاً قال : من أعتق عبده على أن للسيد على العبد مائة دينار ، جاز ذلك على العبد .

ومن كاتب أمة[1] على ألف درهم نجمها عليها ، على أن يطأها ما دامت في الكتابة ، بطل الشرط وجازت الكتابة ، وكذلك إن أعتق أمته إلى أجل على أن يطأها ، أو شرط على المكاتبة أن ما ولدت في كتابتها فهو عبد ، فالشرط باطل والعتق نافذ إلى أجله ، ولا أفسخ الكتابة كما لا أفسخها من عقد الغرر بما أفسخ به البيع ، وكل ولد حدث للمكاتب من أمته أو للمكاتبة بعد الكتابة فهو بمنزلتها يرق برقّها ويعتق بعتقها ، وإن كاتبها أو أعتقها وشرط جنينها ، بطل الشرط وتم[2] العتق .

[في الشريك يُقاطع أو يبدّي صاحبه أو يؤخر حصته]

وإذا كان عبد بين رجلين[3] كاتباه معاً ، لم يجز لصاحبه أن يقاطعه على حصته إلا بإذن شريكه ، فإن أذن له فقاطعه من عشرين مؤجلة في حصته ، على عشرة معجلة ، ثم عجز المكاتب قبل أن يقبض هذا مثل ما أخذ المقاطع خُيّر المقاطع بين أن يرد إلى شريكه نصف ما أخذ من العبد ، ويبقى العبد بينهما ، أو يسلم حصته من العبد إلى شريكه رقاً ، ولو مات المكاتب عن مال ، فللآخر أن يأخذ منه جميع ما بقي له من الكتابة بغير حطيطة[4]، حلت أو لم تحل ، ثم يكون ما بقي من ماله بين الذي قاطعه

---

(١) في ك : ومن كاتب أمة عنده .

(٢) في ق : نفذ العقد . وفي هـ : تم العقد . والمثبت من ز و ك .

(٣) في ك : بين شريكين .

(٤) بغير حطيطة أي : من غير إسقاط شيء من الكتابة ، من قولهم : حططت من الدين أي : أسقطت منه . انظر : المصباح (١٤١) .

وبين شريكه على قدر حصصهم في المكاتب ، وإن حل نجم من نجومه فقال أحدهما لصاحبه : بدِّني به وخذ أنت النجم المستقبل ، ففعل ثم عجز العبد عن النجم الثاني ، فليرد المقتضي نصف ما قبض إلى شريكه ؛ لأن ذلك سلف منه له ، ويبقى العبد بينهما ، ولا خيار للمقتضي ، بخلاف القطاعة ، وهو[1] كدين لهما على رجل منجماً[2] ، فبدّى أحدهما صاحبه بنجم على أن يأخذ هو النجم الثاني ، ثم فلس الغريم في النجم الثاني ، فليرجع على صاحبه ؛ لأنه سلف منه .

وإن أخذ أحدهما من المكاتب جميع حقه بعد محله بإذن صاحبه وأخّره صاحبه ثم عجز المكاتب ، فلا رجوع للذي أخّره على المقتضي[3] ويعود العبد بينهما ، وهذا كغريم لهما ، قبض أحدهما حقه منه بعد محله وأخره الآخر ثم فلس الغريم ، فلا يرجع الذي أخره على المقتضي بشيء ؛ لأنه لم يسلف المقتضي شيئاً فيتبعه ، ولكنه تأخير لغريمه . وإن تعجل أحدهما جميع حظه من النجوم قبل محلها بإذن شريكه ، ثم عجز المكاتب عن نصيب شريكه ، فهذا يشبه القطاعة ، وقيل : ليس كالقطاعة ، ويعد ذلك إن عجز سلفاً من المكاتب للمتعجل .

والقطاعة التي أذن فيها أحد الشريكين لصاحبه كالبيع ؛ لأنه باع حظه على ما تعجل منه ، ورأى أن ما قبض أفضل له من حظه في العبد إن عجز[4] .

---

(١) في هـ : وهذا .

(٢) في ز : منكم . وفي هـ : منجم .

(٣) في ز : المقتضي بشيء .

(٤) في ق : إن عجز العبد نفسه . وهي زيادة ليست في باقي النسخ ولا في المدونة ، لذلك لم نثبتها ؛ لأن الكلام يستقيم بدونها ، وقد تجلب له لبساً .

قال ربيعة : قطاعة الشريك بخلاف عتقه[1] لنصيبه في العبد ، ولكنه كشراء العبد نفسه .

[في كتابة الجماعة والتراجع بينهم ، والمكاتب يعجّل ما عليه]

ولا بأس أن يكاتب الرجل عبيده في كتابة واحدة ، ثم إن القضاء في [ذلك][2] أن كل واحد منهم ضامن عن بقيتهم وإن لم يشترط ذلك ، بخلاف حمالة الديون ، ولا يعتق أحد منهم إلا بتمام أداء الجميع ، وللسيد أخذهم بذلك ، فإن لم يجد عند جميعهم ، فله أخذ المليء منهم بالجميع ولا يوضع عنهم شيء لموت أحدهم ، وإن أدى أحدهم عن بقيتهم ، رجع من أدى على بقيتهم بحصتهم من الكتابة بعد أن تقسم الكتابة عليهم ، بقدر قوة كل واحد على الأداء يوم الكتابة لا على قيمة رقبته ، ولا يرجع على من يعتق عليه منهم لو ملكه بشيء .

وإن[3] أدى أحدهم الكتابة حالة ، رجع على أصحابه بحصتهم منها على النجوم .
وللمكاتب تعجيل المؤجل من كتابته ، ويلزم السيد أخذه وتعجيل العتق ، وبذلك قضى عمر وعثمان[4]. قال ربيعة : لأن مرفق[5] التأجيل هو للعبد خاصة .

قال مالك : وإن عجلها وضع عنه كل خدمة [وسفر][6] اشترطه عليه .

---

(١) لأن عتق الشريك يوجب عليه التقويم ـ كما تقدم في كتاب العتق ـ بخلاف قطاعته كما هنا . وقول ربيعة هنا وفاق المذهب وليس بخلاف . انظر : التقييد (١٠٧/٣) .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ك : ولو .

(٤) انظر : المدونة (٢٤٢/٣)، والموطأ (٨٠٠/٢) باب عتق المكاتب إذا أدى ما عليه قبل محله .

(٥) أي رِفْقه .

(٦) سقطت من ك .

[في أحد المكاتبين يعتقه السيد وهو زمن أو صحيح ، أو يدبره]

ومن كاتب عبدين له أجنبيين[1] كتابة واحدة فحدثت بأحدهما زمانة[2] فأدى الصحيح جميع الكتابة ، فإنها تفض عليهما بقدر قوتهما على الأداء يوم عقداها ، فيرجع الصحيح على الذي أزمن بما أصابه ، فإن أعتق السيد هذا الزمن قبل الأداء جاز عتقه ، وإن كره الصحيح وتبقى جميع الكتابة على الصحيح ، ولا يوضع عنه لمكان عتق الزمن شيء ؛ إذ لا منفعة له فيه ، فإن أدى وعتق لم يرجع[3] على الزمن بشيء ؛ لأنه لم يعتق بالأداء ، وإن كانا قويين على السعاية لم يكن للسيد عتق أحدهما ، ويرد ذلك إن فعل ، فإن أديا عتقا ، وإن عجزا لزم السيد عتق من كان أعتق[4] كمن أخدم عبده أو أجره مدة ، ثم أعتقه قبل تمام المدة ، فلم يجز ذلك المخدم ولا المؤجر ، فالعتق موقوف ، فإذا تمت المدة عتق العبد بالعتق الذي كان أعتق ، وكمن رد غرماؤه عتق عبده ثم أيسر السيد قبل بيعه فأدى إلى الغرماء ، فإن العبد يعتق بالعتق الذي كان أعتق ، وإنما منع السيد من عتق أحد المكاتبين وهما قويان على السعاية من أجل صاحبه الذي معه في الكتابة ، فإن أجاز صاحبه عتقه ، وكان صاحبه يقوى على السعاية ـ كما ذكرنا ـ ليس بصغير ولا زمن ، جاز عتقه ، ويوضع عن الباقي حصة المعتق من الكتابة ، ويسعى وحده فيما بقي عليه ، ولا يسعى معه المعتق ، ولو أجاز على أن

---

(١) قوله : أجنبيين ، احترازاً من أن يكون أحدهما ذا قرابة . انظر : المدونة (٣/٢٤٤) .

(٢) الزمانة : ما يصيب الرجل من مرض أو عذر يعطل كسبه زماناً . انظر : التقييد (٣/١٠٧)، المصباح (٢٥٦) .

(٣) في ط : لا ترجع .

(٤) في ق : عتق من كان أعتق كان .

يسعى معه المعتق فيما بقي عليه لم يجز العتق ، ويسعيان[1] جميعاً في جميع الكتابة . وقال ربيعة : لا يجوز للسيد أن يعتق أحدهما أو يقاطعه ، وإن أذن في ذلك أصحابه ويرد إن فعله ؛ لأن سعايته وماله عون لأصحابه في العتق[2].

قال ابن القاسم : ولو دبر السيد أحدهما بعد الكتابة ثم عجز لزم السيد تدبير من كان دبر .

وإن مات السيد قبل عجزهما ، والمدبر يحمله الثلث وهو قوي على الأداء حين مات السيد ، لم يعتق إلا برضا أصحابه على ما ذكرنا في العتق ، وإن كان زمناً عتق في الثلث ولا يوضع عن أصحابه من الكتابة شيء ؛ لأن من لا قوة فيه من المكاتبين من صغير أو زمن إذا أعتقه السيد جاز عتقه ، وإن كره أصحابه ولا يوضع عنهم من الكتابة شيء .

[فيمن كاتب عبده على نفسه وعلى غائب أو صغير]

ومن كاتب عبده على نفسه وعلى عبد للسيد غائب ، لزم العبد الغائب وإن كره ؛ لأن هذا يؤدي عنه ويتبعه إن لم يكن ذا قرابة له ممن يعتق على الحر بالملك وتلزم الغائب الكتابة ، كقول مالك فيمن أعتق عبده على أن عليه كذا وكذا فيأبى ذلك العبد ، أن العتق جائز والمال لازم للعبد ، وكذلك العبد يكاتب عن نفسه ، وعن أخ له صغير لا يعقل في ملك السيد : أنه جائز .

---

(١) في ق : ويسعيا . وفي ط : وسعيا .

(٢) قال سحنون عن قول ربيعة : وهذا أعدل . والمشهور قول ابن القاسم أنه يجوز للسيد أن يعتق أحدهم ، وإن كان قوياً إذا كانوا أقوياء ورضوا بذلك ، وإلى هذا أشار خليل بقوله : « وللسيد عتق قوي منهم إن رضي الجميع وقَوَوا » . انظر : التقييد (١٠٨/٣)، مختصر خليل (٢٨٢) .

[في الحمالة بالكتابة وتعجيز المكاتب وأدائه ومقاضاته لسيده]

وإذا كان لك عبد ولرجل آخر عبد ، لم يجز لكما جمعهما في كتابة واحدة ، على أنّ كل[1] واحد منهما حميل[2] بما على صاحبه لغرر الكتابة ؛ إذ لو هلك أحدهما أخذ به الهالك مال الآخر باطلاً ، وهذا يشبه الرقبى[3].

ولا تجوز حمالة أجنبي بالكتابة ؛ إذ ليست بدين ثابت .

وإن مات العبد أو عجز لم ينتفع الحميل بما أدى . قال غيره[4]: إجازة الضمان[5] فيها إصراف لها إلى الذمة ، وهذا لا يجوز .

وإذا غاب أحد المكاتبين في كتابة أو هرب وعجز الحاضر ، لم يُعجِّزْهما إلا السلطان بعد التلوم ، وكذلك إن غاب المكاتب وحلت نجومه وأشهد السيد أنه قد عجزه ثم قدم المكاتب ، فهو على كتابته ، ولا يُعجِّزه إلا السلطان .

وإذا كان المكاتب ذا مال ظاهر فليس له تعجيز نفسه ، وإن لم يظهر له مال فذلك له دون السلطان ، ويمضي ذلك . وكذلك إن عجَّز نفسه قبل محل النجم بالأيام أو بالشهر ، وإنما الذي لا يعجِّزه إلا السلطان الذي يريد سيده

---

(١) في ك و ز : لأن كل .

(٢) وردت هذه العبارة في ق ، كالآتي : وإذا جمع أجنبيان عبدين في كتابة واحدة لم يجز ذلك ، إذ كل واحد منهما حميل . . . إلخ .

(٣) الرقبى من الترقب وهو الانتظار ، وهي عند الفقهاء أن يحبس الرجل على غيره داراً على أنه إن مات أحدهما كانت للحي منهما . ومنه قولهم : هذه الدار لك رقبى ، وسيأتي لها مزيد شرح وبيان في كتاب الحبس . انظر : التقييد (٦/٢٩٩) .

(٤) قول الغير هنا تفسير . انظر : التقييد (٣/١٠٩) .

(٥) في ز : إجازة الصبيان .

تعجيزه[1] بعد محل ما عليه ، وهو يأبى العجز [ويقول :][2] أؤدي إلا أنه مطل سيده ، فالإمام يتلوم لـه ، فإن رأى لـه وجه أداء تركـه ، وإلا عجّزه بعد التلوم ، ولا يكون تأخيره عن نجومه فسخاً لكتابته ، ولا يعجِّزه إلا السلطان ، فإن عجز نفسه وهو يرى أنه لا مال له ثم ظهر له مال صامت أخفاه أو طرأ له ، فهو رقيق ، ولا يرجع عما كان رضي به[3] .

وإذا أراد المكاتب تعجيل ما عليه ، وسيده غائب ، ولا وكيل لـه على قبض [الكتابة][4] فليرفع ذلك إلى الإمام ، ويخرج حراً . وإن حل نجم وله على السيد مثله فله قصاصه[5][6] إلا أن يفلس السيد فيحاص غرماؤه إلا أن يكون السيد قاصه قبل قيامهم فذلك ماض .

[في المكاتب يؤدي وعليه دين أو يموت أو يستحق ما أدى أو يكتم ديناً عليه]

وإن أدى كتابته وعليه دين فأراد غرماؤه أن يأخذوا من السيد ما قبض منه ، فإن علم أن ما دفع هو من أموالهم ، فلهم أخذه ويرجع رقاً[7] ، وإن لم يعلم ذلك مضى عتقه .

---

(١) في ز : الذي يجب تعجيزه .

(٢) سقطت من ك .

(٣) أي من التعجيز .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) في ك : وله على السيد دين مثله قصاصه .

(٦) القَصاص والمقَاصة بفتح القاف ، هي : طرح كل واحد ماله من الدين على الآخر مما عليه له . وقال ابن عرفة : هي متاركة مطلوب مثل صنف ما عليه لماله على طالبه فيما ذكر عليهما مالياً . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٤١٩) .

(٧) في ق : ذلك رقاً .

قال أشهب وابن نافع عن مالك ـ رحمه الله ـ[1] في مكاتب قاطع سيده فيما بقي عليه على عبد دفعه إليه فاعترف[2] مسروقاً ، فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد . قال ابن نافع : فإن لم يكن له مال عاد مكاتباً ، وقال أشهب[3]: لا يرد عتقه إذ تمت حريته ويتبع بذلك ، قالا عن مالك : وإن قاطعه على وديعة أُودعت عنده فاعترفت[4] رد عتقه .

قال ابن القاسم وغيره[5]: إن غر سيده بما لم يتقدم له فيه شبهة ملك ، رد عتقه ، وإن تقدمت له فيه شبهة ملك ، مضى عتقه وأتبع بقيمة ذلك ديناً .

وإن كان مديناً فليس له أن يقاطع سيده[6] ويبقى لا شيء له لأن غرماءه أحق بماله من سيده ، فإن فعل لم يجز ذلك، وإن مات المكاتب وترك مالاً وعليه دين فغرماؤه أحق بماله ، ولا يحاصهم السيد بما قاطعه به كما يحاصهم بالكتابة ، وقال شريح[7]: يحاصهم بنجمه الذي حل . قال ابن المسيب : أخطأ شريح[8].

---

(١) رواية أشهب وابن نافع هنا عن مالك هي المشهورة في المذهب . انظر : منح الجليل (٩/٤٦٠).

(٢) أي عرف واستحق .

(٣) قول أشهب هنا هو المشهور في المذهب . انظر : منح الجليل (٩/٤٦٠) .

(٤) في هـ : فعرفت .

(٥) الغير هنا يريد به أشهب ، وهذا أيضاً قول مالك . انظر : التقييد (٣/١١٠) .

(٦) في ك : بذلك سيده .

(٧) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي ، أبو أمية من أشهر القضاة الفقهاء ، ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية ، وكان ثقة في الحديث مأموناً في القضاء . توفي سنة ٧٨ هـ . انظر : الحلية (٤/١٣٢)، طبقات ابن سعد (٦/٩٠ ـ ١٠٠) .

(٨) قال الزرويلي : أخطأ هنا بمعنى غلط ، وليس الخطأ المتعارف . انظر : التقييد (٣/١١٠) .

قال مالك : وإن عجز المكاتب وعليه دين كان رقيقاً لسيده وبقي دين الناس في ذمة العبد لا في رقبته .

قال ابن شهاب : وإن كوتب وعليه دين كتمه ، فإن كان ديناً يسيراً بدأ بقضائه قبل أداء الكتابة وأقر على كتابته ، وإن كان ديناً كثيراً يحبس بنجومه خُيّر سيده بين فسخ الكتابة أو تركه حتى يقضي دينه ثم يستقبل نجومه .

[في تزويج المكاتب وسفره والحكم في ماله أو مال أعين به]

وليس للمكاتب أن يتزوج[1] - وإن رآه من وجه النظر - أو يسافر إلا بإذن سيده ، اشترط عليه ذلك السيد أم لا ، إلا ما قرب من السفر مما لا ضرر فيه ، لحلول نجم أو غيره ، فذلك له ، ولو شرط عليه السيد أنه إن نكح أو سافر بغير إذنه فمحو كتابته بيده ، لم يكن له محوها إن فعل المكاتب شيئاً من ذلك ، وليرفع ذلك إلى السلطان .

قال ربيعة : للسيد فسخ الكتابة في بعيد السفر بحكم[2] الإمام ، وإن نكح فرق بينهما وانتزع ما أعطى[3].

وإذا كاتب عبده تبع العبد ماله من رقيق أو عرض أو عين أو دين ، كتم ذلك أو أظهره ، وليس[4] للسيد أخذه بعد الكتابة إلا أن يشترطه سيده حين كاتبه فيكون

---

(١) في ق : يتزوج امرأة .

(٢) في ك : بإذن .

(٣) قول ربيعة هنا وفاق للمذهب وليس بخلاف إذا كان يقصد بقوله : وانتزع ما أعطى أي عدا ربع دينار أقل المهر ، أما إذا كان يريد أنه لا يترك لها شيئاً ولو ربع دينار فهو خلاف المذهب . انظر : التقييد (١١٠/٣) .

(٤) في ز و ك : ولم يكن .

ذلك له ، ولا يتبع المكاتب ما تقدم له من ولد وإن كتمه ، ولا حمل أمته ، ويكون الولد إذا وضعته رقاً للسيد ، والأمة تبعاً للمكاتب دون الولد ، وليس الولد كماله ؛ لأنه إذا أفلس أُخذ ماله ولم يؤخذ ولده . والذي يبتاع عبداً ويشترط ماله لا يقضى له بولده .

والمكاتب إذا أعانه قوم في كتابته بمال فأدى منه كتابته وفضلت فضلة ، فإن أعانوه بمعنى الفكاك لرقبته لا صدقة عليه ، فليرد عليهم الفضلة[1] بالحصص ، أو يحللوه منها ، وإن عجز فكلما قبض منه السيد قبل العجز ، حل له كان من كسب العبد أو من صدقة عليه ، وأما لو أعين به على فكاك رقبته ، ولم يف ذلك بكتابته ، كان لكل من أعانه الرجوع بما أعطى ، إلا أن يحلل منه المكاتب فيكون له ، ولو أعانوه صدقة لا على الفكاك ، فذلك إن عجز حل لسيده .

[في كتابة الصغير ، والأمة لا صنعة لها]

قال مالك : ولا بأس بكتابة الصغير ومن لا حرفة له ، وإن كان يسأل .

قال غيره[2]: لا تجوز كتابة الصغير إلا أن يفوت ذلك بالأداء أو يكون بيده ما يؤدي عنه فيؤخذ منه ، ولا يترك له فيتلفه لسفهه ويرجع رقاً .

وكره مالك كتابة الأمة التي لا صنعة بيدها[3] [ولا لها][4] عمل معروف ، كما

---

(١) في ك و ز : الفضل .

(٢) الغير هنا يريد به أشهب ، وهو قول سحنون أيضاً . والمشهور رواية ابن القاسم عن مالك بجواز كتابة الصغير ، وإليها أشار خليل بقوله : « ومكاتبة أمة وصغير وإن بلا مال وكسب » . انظر : المدونة (٣/٢٥٢)، التقييد (٣/١١١)، مختصر خليل (٢٨١) .

(٣) في ك و ط : لا صنعة لها .

(٤) سقطت من ط .

كره عثمان بن عفان أن تخارج[1] .

[فيمن أعتق بعض مكاتبه في صحة أو مرض]

ومن أعتق بعض مكاتبه في صحته في غير وصية ، فهو وضع مال ، إن كان أعتق نصفه وضع عنه نصف كل نجم ، ولا يعتق عليه إن عجز ، إلا أن يعتق ذلك الشقص في وصيته فيكون ذلك عتقاً للمكاتب إن عجز وحمل ذلك الثلث .

وكذلك إن كان بينه وبين رجل فوضع عنه حصته أو أعتق حصته منه في غير وصية ، فإنه يوضع عنه حصته من كل نجم ، فإن عجز رقّ لهما ، وإن مات مكاتباً أخذ المتمسك[2] مما ترك ما بقي له ، وكان باقي ما ترك بينهما[3] ، فلو كان ذلك عتقاً لكان ما ترك للمتمسك بالرق خاصة ، ولكان يُقَوَّمُ على المعتق ما بقي من الكتابة ، ولكان من ترك مكاتباً وورثته بنون وبنات فأعتق البنات حصتهن ، أن لهن ولاء نصيبهن منه ، وهن لا يرثن من ولاء المكاتب شيئاً ، وإن أعتقن نصيبهن ، وإنما يرث ولاءه ذكور ولد سيد المكاتب أو عصبته من الرجال .

---

(١) أي أن يؤخذ منها الخراج ، قال في المدونة : « وسئل مالك : أيكاتب الرجل الأمة التي ليس بيدها صنعة ولا لها عمل معروف ؟ فقال : كان عثمان بن عفان يكره أن تخارج الجارية التي ليس بيدها صنعة ولا لها عمل معروف ، فما أشبه الكتابة بذلك » .

قلت : والكراهة هنا على بابها ، فمكاتبة الأمة التي لا مال لها ولا كسب جائزة مع الكراهة مخافة أن تكسب بالفاحشة ، وإلى الجواز أشار خليل بقوله : « ومكاتبة أمة . . . وإن بلا مال وكسب » . انظر : المدونة (٣/٢٥٢)، مختصر خليل (٢٨١)، منح الجليل (٩/٤٤٣) .

(٢) في ك : المتمسك بالرق خاصة .

(٣) في هـ : وكان ما بقي بينهما . وفي ق و ز : وكان ما ترك بينهما . والمثبت من ك .

ولو كان لرجل مكاتب واحد [فأزمن][1] فأعتق السيد نصفه ، لم يعتق عليه النصف الثاني [إلا بأداء بقية الكتابة][2] ، وأما المريض يعتق شقصاً من مكاتبه فإنه يوضع عنه حصة ذلك من كتابته ، فإن عجز عتق ذلك الشقص في ثلثه ؛ لأنها وصية للعبد مصروفة إلى الثلث .

[فيمن وطئ مكاتبته أو ابنتها وفي حملها وضرب ما في بطنها]

ومن كاتب أمته فليس له وطؤها ، فإن فعل دُرئ عنه وعنها الحد ، أكرهها أو طاوعته ، ويعاقب إلا أن يعذر بجهل ، ولا صداق لها إن طاوعته ولا ما نقصها ، وإن أكرهها فعليه ما نقصها ، والأجنبي عليه بكل حال ما نقصها ، إذ قد تعجز[3] فترجع معيبة للسيد . وهي بعد وطء السيد على كتابتها إلا [أن][4] تحمل فتخير عند مالك بين أن تكون أم ولد أو تمضي على كتابتها .

ولو ضرب رجل بطنها فألقت جنيناً ميتاً ففيه ما في جنين الحرة موروث على فرائض الله ، وكذلك في جنين أم الولد .

وقال ابن المسيب : إن حملت بطلت كتابتها وهي جاريته ، وقال النخعي[5]: تبقى مكاتبة فإن عجزت فهي أم ولد[6]. وقال ربيعة : إن وطئها طائعة فولدت منه فهي أمة

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ك : تعجره .

(٤) سقطت من ك .

(٥) في هـ تقدم قول النخعي على قول ابن المسيب .

(٦) هذا النقل متعقب على أبي سعيد البراذعي ، فإن نص المدونة : « كان إبراهيم النخعي يقول في الرجل يقع على مكاتبته : إنها على كتابتها ، فإن عجزت ردت في الرق ، فإن كانت قد حملت =

له لا كتابة [له][1] فيها ، وإن أكرهها فهي حرة والولد به لاحق .

وإذا ولدت المكاتبة بنتاً ثم ولدت ابنتها بنتاً أخرى ، فزنت البنت العليا فأعتقها السيد ، جاز عتقه ، وسعت الأم مع السفلى[2]. ولو وطئ السيد البنت السفلى فأولدها فولدها حر ، ولا تخرج من الكتابة وتسعى معهم ، إلا أن ترضى هي وهم بإسلامها للسيد فيحط عنهم حصتها من الكتابة وتصير حينئذ أم ولد للسيد . قال سحنون : إن كان معها في الكتابة من يجوز رضاه[3].

[في بيع رقبة المكاتب ، وبيع كتابته]

قال مالك[4]- رحمه الله - : ولا تباع رقبة المكاتب وإن رضي ؛ لأن الولاء قد ثبت لعاقد الكتابة .

قال ابن القاسم : فإن بيعت رقبته ولم يعجز رد البيع ما لم يفت بعتق فيمضي وولاؤه لمن أعتقه ، وهذا إذا كان العبد راضياً ببيع رقبته فكأنه رضى

= كانت من أمهات الأولاد » فأخطأ البراذعي في نقل قول النخعي ، فجعل عجز الأمة عن أداء الكتابة يصيرها أم ولد ، والذي صيرها أم ولد في قول النخعي هو الحمل وليس العجز ، وإنما العجز في قول النخعي يردها إلى العتق . وقول ابن المسيب والنخعي كلاهما خلاف ، والمشهور في المذهب ما تقدم عن مالك من أن المكاتبة إذا وطئها السيد وحملت خيرت بين أن تكون أم ولد أو تمضي على كتابتها ، كما أشار إليه خليل بقوله : « وإن حملت خيرت في البقاء أو أمومة الولد » . انظر : التقييد (١١٢/٣)، المدونة (٢٥٦/٣)، منح الجليل (٤٧٠/٩)، مختصر خليل (٢٨٣).

(١) سقطت من ك و ق .

(٢) في هـ : مع البنت السفلى .

(٣) هذا كأنه تفسير وبيان ، والذين يجوز رضاهم هم الأقوياء .

(٤) في هـ : قال ابن القاسم .

منه بالعجز ، وكان مالك يقول في المدبر يباع فيعتقه المبتاع : إن[1] بيعه يرد ، ثم قال : لا يرد[2].

قال غيره[3]: عقد الكتابة قوي فأرى أن يرد وينقض عتقه ، وقاله أشهب . وقال أشهب : هذا إذا كان المكاتب لم يعلم بالبيع .

وإذا كاتب المكاتب عبداً له فبيعت كتابة الأعلى تبعه مكاتبه ؛ لأنه ماله[4] وأدى الأسفل للأعلى ، فإن عجز الأسفل رق للأعلى ، ثم إن عجز الأعلى كانا جميعاً رقاً لمشتري الكتابة ، ولو عجز الأعلى وحده ورد الأسفل كتابته للمبتاع ، فإن أدى وعتق كان ولاؤه للبائع .

[ولا بأس ببيع كتابة المكاتب إن كانت عيناً فبعرض نقداً ، وإن كانت عرضاً فبعرض مخالف له أو بعين نقداً ، وما تأخر كان ديناً بدين ، ويتبعه في بيعها ماله ومكاتبه ، ويؤدى إلى المبتاع ، فإن أدى وعتق كان ولاؤه للبائع][5]، وإن عجز رق للمبتاع .

---

(١) في ز : لأن .

(٢) وقوله الأخير هو الذي عليه المذهب ، وإليه أشار خليل بقوله : « وفسخ بيعه إن لم يعتق » ، قال عليش في شرحه : فسخ بيعه ـ أي المدبر ـ إن لم يعتق ، فإن أعتقه المشتري مضى بيعه وإعتاقه . انظر : مختصر خليل (٢٨٠)، منح الجليل (٩/٤٣٠) .

(٣) في المدونة ، وقد قال بعض الرواة مكان الغير، وهو قول أشهب ـ كما صرح بذلك ـ، والمشهور في المذهب قول ابن القاسم وروايته عن مالك أن بيع المكاتب إذا فات بعتق مضى ولا يرد ، وإليه أشار خليل بقوله : « وفسخ بيعه إن لم يعتق كالمكاتب » فشبه المكاتب بالمدبر في منع البيع وفسخه إن لم يعتق ومضيه إن عتق . انظر : مختصر خليل (٢٨٠)، منح الجليل (٩/٤٣٠).

(٤) في هـ : تبعه مكاتبه كماله لأنه ماله .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

قال ابن المسيب : والمكاتب أحق بكتابته إن بيعت بالثمن[١] .

[في كتابة المأذون له ، والمديان والوصي وأحد الشريكين والأب]

ولا يجوز للمأذون أن يعتق عبداً له ، أو يكاتبه إلا بإذن سيده ، فإن فعل بإذنه وعلى المأذون دين يغترق ماله ، لم يجز إلا بإذن الغرماء ؛ لأن ماله للغرماء وكتابته من ناحية العتق إلا أن يكون في ثمن الكتابة إن بيعت كفاف للدين أو لقيمة الرقبة ، فلا حجة للغرماء ، وتباع لهم الكتابة فيتعجلونها إن شاءوا ، وكذلك الجواب في الحر المديان يكاتب عبده .

وللوصي أن يكاتب عبد من يليه[٢] على النظر ، ولا يجوز أن يعتقه على مال يأخذه منه ؛ إذ لو شاء انتزعه[٣] ، ولو كان على عطية من أجنبي جاز على النظر كبيعه ، وكذلك للأب أن يكاتب عبد ابنه الصغير على النظر ، ويبيع له ويشتري على النظر ، وإن أعتق عبد ابنه الصغير جاز عتقه إن كان للأب مال ، وإلا لم يجز[٤] . قال غيره[٥] : إلا أن يوسر قبل النظر في ذلك فيتم عتقه ويقوم عليه .

---

(١) قول سعيد هنا روي عن مالك من رواية أشهب ، وهذا فيما يعتق به ، وأما ما لا يعتق به فلا يكون أحق به . وظاهر المذهب على رواية ابن القاسم أن بيع الكتابة يستوي فيه المكاتب وغيره . قال عليش عند قول خليل : « وبيع كتابة أو جزء » أي : وجاز للسيد بيع جميع نجوم الكتابة للمكاتب أو لغيره . انظر : التقييد (١١٤/٣) ، منح الجليل (٤٤٣/٩) .

(٢) في هـ و ك : من يلي عليه .

(٣) في ط : ولو شاء انتزعه منه .

(٤) وردت هنا زيادة في هـ ، وهي : ويقوم عليه يوم أعتق .

(٥) لم أقف على تسمية الغير ، وقوله هنا تفسير وبيان وليس بخلاف . انظر : التقييد (١١٤/٣) .

ولا يجوز[1] أن يكاتب شقصاً له في عبد بإذن شريكه أو بغير إذنه للذريعة إلى عتق النصيب بغير تقويم ، ويفسخ ذلك إن فعل ويرد ما أخذ ، فيكون بينه وبين شريكه مع رقبة العبد ، سواء قبض الكتابة كلها أو بعضها . قال غيره[2]: إنما يكون ذلك بينهما إذا اجتمعا على قسمته .

ومن دعى إلى رده إلى العبد فذلك له ؛ إذ لا ينتزع ماله حتى يجتمعا ، ولو كاتب هذا حصته ثم كاتب الآخر حصته ولم يتشاورا ، لم يجز ذلك ؛ إذ لم يكاتباه جميعاً كتابة واحدة ، [ويفسخ][3]، كاتباه على مال متفق أو مختلف ؛ لأن كل واحد يقتضي دون الآخر . قال غيره[4]: إن تساويا في الأجل والمال جاز ذلك .

قال ابن القاسم : وأما إن أعتق هذا أو دبر ، ثم فعل الآخر مثله أعتق أو دبر ، ولم يعلم بفعل صاحبه جاز ذلك .

ومن كاتب بعض عبده ، لم يجز ذلك ، ولا يكون شيء منه مكاتباً ، وإن أدى لم يعتق منه شيء ، وإن أراد العبد أن يكاتبه سيده بكتابة مثله أو أقل أو أكثر ، لم يلزم السيد ذلك إلا أن يرضى .

---

(١) في ط : ولا يجوز لأحد .

(٢) لم أقف على تسمية الغير هنا ، وقوله يحتمل أن يكون وفاقاً وليس خلافاً ، كما قال الزرويلي . انظر : التقييد (٣/١١٤) .

(٣) سقطت من ك .

(٤) لم أقف على تسمية الغير هنا ، والمشهور قول ابن القاسم أن كتابة الشريكين إذا كانت بعقدين مختلفين لا تجوز ، وتفسخ ولو اتحد العقدان قدراً وجنساً وصفة وأجلاً . وإلى هذا أشار خليل بقوله : « وبمتحد بعقدين فيفسخ » ، قال عليش : أو كاتباه بحال متحد قدراً وجنساً وصفة = = وأجلاً بعقدين فيفسخ عقد الكتابة . انظر : مختصر خليل (٢٨٢)، منح الجليل (٩/٤٤٩) .

[في المكاتب يعجز وله مكاتب ، والمديان يكاتب عبداً قد جنى أو أمة قد ولدت]

وإن كاتب المكاتب عبده فعجز المكاتب الأعلى ، أدى المكاتب[1] الأسفل إلى السيد الأعلى ، وكان له ولاؤه إن أعتق ، ثم إن أعتق المكاتب الأعلى بعد عجزه ، لم يرجع إليه ولاء[2] الأسفل ولا شيء مما أدى إلى السيد [لأنه حين عجز صار رقيقاً وصار ماله وما على مكاتبه للسيد][3].

وكتابة المكاتب عبده على ابتغاء الفضل جائزة ، وإلا لم تجز ، وكذلك قوله لعبده : إن جئتني بكذا فأنت حر ، فإنما يجوز ذلك إذا كان على ابتغاء الفضل ، إلا أنه يتلوم للعبد في هذا بلا تنجيم .

ومن كاتب عبده وعلى السيد دين ، وقد جنى العبد جناية قبل الكتابة ، فقيم عليه بذلك الآن ، فقال العبد : أنا أؤدي عقل الجناية والدين وأثبت على كتابتي ، فذلك له .

ومن كاتب أمته وعليه دين يغترقها فولدت في كتابتها ، فللغرماء رد ذلك ، ويرقها الدين وولدها ، إلا أن يكون في ثمن الكتابة إن بيعت بنقد مثل الدين ، فلا تُغَيَّر الكتابة ، ولكن تباع الكتابة في الدين .

وإن أفلس السيد بدين استحدثه بعد الكتابة لم يكن للغرماء غير بيع الكتابة ، وإن كثر الدين .

---

(١) في هـ : الكتابة .

(٢) في هـ : ولاؤه .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

[في كتابة النصراني لعبده النصراني أو المسلم]

وإذا كاتب النصـراني عبـده النصـراني جـازت كتابتـه ، ثم إن أراد بيعه أو فسـخ الكتابة ، لم يمنع من ذلك ، وليس هذا من حقوقهم التي يتظالمون فيها فيمـا بينـهم . ألا ترى أنه لو أعتقه ثم رده في الرق لم يمنع ، فكذلك الكتابة[1] ، إلا أن يسلم العبد ، وقال بعض الرواة[2]: ليس له نقض الكتابة ؛ لأن هذا من التظالم الذي لا ينبغـي للحـاكم أن يتركهم وإياه .

وإذا كاتب النصراني عبداً مسلماً ابتاعه أو كان عنده ، أو أسلم مكاتب له ، فـإن كتابته تباع من مسلم ، فإن عجز كان رقاً لمشتري[3] الكتابة .

وإن أدى ، عتق ، وكان ولاء الذي كوتب وهـو مسـلم للمسـلمين دون مسـلمي ولد سيده[4] ، ولا يرجع إليه ولاؤه إن أسلم ، وأما الذي أسلم بعد الكتابة فـولاؤه لمـن يناسب سيده من المسلمين من ولد أو عصبة ، فإن لم يكونوا فولاؤه لجميع المسـلمين ، ثم إن أسلم سيده رجع إليه ولاؤه [لأن ولاءه][5] قد كان ثبت له حين عقـد كتابتـه وهو على دينه .

---

(١) قال في المدونة : والعتق أعظم حرمة . انظر : المدونة (٣/٢٦٥) .

(٢) لم أقف على أسماء هؤلاء الرواة . والمعتمد قول ابن القاسـم أن للسـيد النصـراني فسـخ كتابـة عبـده النصراني ما لم يسلم ، وإن ذلك من حقوقهم التي يتظالمون فيها فيما بينهم ، فـلا نعـرض لهـم فيـها ولا نمنعهم منها ، كما هو الحال في العتق . انظر : المدونة (٣/٢٦٥)، التقييد (٣/١١٥).

(٣) في هـ و ك : للمشتري الذي اشترى .

(٤) في هـ زيادة : ومسلمي عصبته .

(٥) سقطت من ك .

وإن أسلمت أم ولد الذمي فقال مالك مرة : توقف[1] حتى يموت أو يسلم فتحل له ، ثم رجع وثبت على أنها تعتق[2] ، ولا شيء عليها من سعاية ولا غير ذلك ، وولاؤها للمسلمين ، إلا أن يسلم سيدها بعد أن عتقت عليه فيرجع ولاؤها إليه . وأما إن أولد أمته بعد أن أسلمت فإنها تعتق عليه وولاؤها للمسلمين ولا يرجع إليه ولاؤها إن أسلم .

[في إسلام أحد مكاتبي الذمي وهما في كتابة واحدة]

وإذا أسلم أحد مكاتبي الذمي [وهما][3] في كتابة واحدة ، بيعت كتابتهما جميعاً ولا يفرقان[4] ، لعقد[5] الحمالة ، رضيا أم كرها ، وكذلك إن ولد لمكاتبه ولد في كتابته من أمته ثم أسلم[6] ولد مكاتبه والمكاتب نصراني ، بيعت كتابتهما جميعاً .

وإذا غنمنا مكاتباً لمسلم أو لذمي هرب أو أسر ، رد إليه إن عرف سيده غاب أو حضر ، ولا يقسم ، فإن لم يعرف سيده بيعت كتابته في المقاسم مغنماً ، ويؤدي إلى من صار له ، فإن أدى كان حراً وولاؤه للمسلمين ، فإن عجز رق لمن صار له .

---

(١) في ق : فقال مالك : هي حرة ، وقال مرة : توقف .

(٢) وقول مالك الذي رجع إليه وثبت عليه هو المعتمد المشهور في المذهب . انظر : منح الجليل (٩/٤٩٢).

(٣) سقطت من ك .

(٤) في ك : ولا يفترقان . وفي ط : ولا يفرق عقد الكتابة .

(٥) قال في المدونة : لأن كل واحد منهما حميل بما على صاحبه . انظر : المدونة (٣/١٦٧) .

(٦) في ك : وكذلك إن كان لمكاتبه ولد في كتابته من أمته ثم إن أسلم ولد مكاتبه والمكاتب نصراني بيعت كتابتهما جميعاً . وفي هـ : وكذلك إن أسلم .

[في الدعاوى في الكتابة]

وإذا قال السيد لمكاتبه : قد حل نجم[١] ، فأكذبه المكاتب ، صدق المكاتب ، كمن أكرى داراً سنة أو باع سلعة بدنانير إلى سنة فادعى حولها فالمكتري أو المبتاع مصدق إن أكذبه ، وإن اتفقا أن الكتابة خمسون وقال المكاتب : نجمتها عليّ في عشرة[٢] أنجم في كل نجم خمسة ، وقال السيد : بل في خمسة أنجم في كل نجم عشرة ، صدق المكاتب ، فإن أتيا بالبينة قضيت بأعدلهما ، وإن تكافأتا[٣] صدق المكاتب وكانا كمن لا بينة لهما . [وقاله أشهب][٤] وقال غيره[٥]: يقضى ببينة السيد لأنها زادت ، ألا ترى لو قال السيد : الكتابة ألف درهم ، وقال المكاتب : تسعمائة ، صدق المكاتب ، وإن أتيا ببينة قضي ببينة السيد ؛ لأنها شهدت بالأكثر .

قال ابن القاسم : وإن ادعى المكاتب أنه كوتب بمائة ، وقال السيد : بمائتين ، أو قال السيد : بمائة دينار ، وقال المكاتب : بمائة درهم ، صدق المكاتب إن كان قوله يشبه ؛ لأن الكتابة فوت ، كمن اشترى عبداً فكاتبه ثم اختلفا في الثمن إن المبتاع مصدّق ، وكان مالك

---

(١) في ك : نجم كذا .

(٢) في ك : في عشر سنين .

(٣) في ك : وإن تكافيا .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٥) لم أقف على تسمية الغير هنا ، وقوله أن بينة السيد زادت ، فيه نظر ؛ لأن زيادتها في عدد المدفوع في النجوم تقابلها زيادة في عدد النجوم أنفسهم في بينة المكاتب والمشهور في المذهب قول ابن القاسم وأشهب أن القول قول المكاتب في الأجل والقدر والجنس كما أن القول للسيد في أصل الكتابة وفي الأداء ، وإلى هذا أشار خليل بقوله : « والقول للسيد في الكتابة والأداء لا القدر والجنس والأجل » مختصر خليل (٢٨٣) .

يقول مرة : إذا قبض المبتاع السلعة وبان بها وهي قائمة ، صدق المبتاع في الثمن ، ثم رجع إلى أن يتحالفا ويترادا إن لم تفت السلعة بحوالة سوق فأعلى[1].

وإن بعث المكاتب بكتابته إلى سيده فأنكر قبضها ، فإن لم يُقِمْ الرسولُ البينةَ[2] بالدفع ضمن ، كمن بعث بدين عليه أو خلع .

[في الكتابة على خيار أو رهن ، وفيمن ملك شقصاً من مكاتب ممن يعتق عليه]

ومن كاتب أمته على أن أحدهما بالخيار يوماً أو شهراً جاز ، وما ولدت في الخيار دخل في كتابتها إن أمضاها من له الخيار وإن كرهت ، كما يدخل في البيع ما ولدت المبيعة في الخيار ، وولد المكاتبة في أيام الخيار أبين في دخوله معها .

وقال غيره[3]: لا يدخل الولد في الكتابة ؛ إذ لم تتم الكتابة إلا بعد الولادة ، وكذلك الولد في البيع للبائع . ولا ينبغي للمبتاع أن يختار الشراء للتفرقة ، وكثير من هذا المعنى في كتاب الخيار[4].

---

(١) أي فإن فاتت صدق المبتاع إذا كان قوله يشبه ، وهذا القول الذي رجع إليه مالك هو المعتمد في المذهب ، وإليه أشار خليل بقوله : « وصدق مشتر ادعى الأشبه وحلف إن فات » انظر : مختصر خليل (١٧٥) .

(٢) في ط : فإن لم تقم للرسول البينة .

(٣) الغير هنا هو أشهب ، والمعتمد في المذهب قول ابن القاسم أن ولد المكاتبة الذي ولدت في أيام الخيار تبع لها ، كما أن ولد الأمة المبيعة المولود في أيام الخيار تبع لها في البيع فيكون للمبتاع ، لذلك استثناه خليل فيما يكون للبايع في أيام الخيار ، فقال : « بخلاف الولد » ، قال عليش : أي بخلاف الولد الذي تلده الأنثى المبيعة بخيار زمنه فليس للبائع ؛ لأنه كجزء المبيع . انظر : منح الجليل (١٣٣/٥) .

(٤) سيأتي كتاب الخيار في الجزء الثالث .

ومن كاتب عبده وأخذ منه عندما كاتبه رهناً يغاب[1] عليه فضاع بيد السيد فإنه يضمن قيمته ، فإن تساوت الكتابة عتق مكانه وكانت قصاصاً . وإن أفلس السيد أو مات نظرت إلى الرهن ، فإن كان في عقد الكتابة بشرط فهو انتزاع ولا يحاص به المكاتب غرماء السيد ، كما لو كاتبه على أن أسلف سيده دنانير أو باعه بيعاً بثمن مؤجل فذلك انتزاع ولا يحاص به . ولو وجد المكاتب رهنه بعينه في فلس أو موت فلا شيء له فيه ، ولا محاصة له به ، ولا لغرماء المكاتب فيه شيء ، ولو كان الرهن بعد عقد الكتابة لنجم حلّ ونحوه فللمكاتب أخذه[2] إن وجده بعينه أو المحاصة بقيمته إن لم يجده ، فما صار له ، كان قصاصاً مما حل عليه ، وما بقي له من قيمة الرهن ، ففي ذمة السيد ، يقاص به المكاتب فيما يحل عليه .

قال غيره[3]: ليس ذلك انتزاعاً كان الرهن في [أصل][4] الكتابة أو بعدها ويضمنه السيد إن لم تقم [له][5] بينة بهلاكه ، فإن كانت القيمة دنانير ، والكتابة دنانير ، تقاصًّا ؛ لأن في وقف القيمة ضرراً عليهما ، إلا أن يتهم السيد بالعداء على الرهن لتعجيل الكتابة قبل وقتها فتوقف القيمة بيد عدل ، وإن كانت

---

(١) الذي يغاب عليه : هو ما يمكن إخفاؤه عادة وتغييبه ، كالثياب والحلي ، وما لا يغاب عليه ما لا يمكن إخفاؤه عادة كالحيوان ونحوه . انظر : الرسالة (١٠٦)، مواهب الجليل (٢٦/٥)، حاشية الدسوقي (٢٥٤/٣) .

(٢) في ك : فالمكاتب أحق .

(٣) في المدونة : وقال غيره من الرواة ، وذكر المعلق على نسخة هـ أنه أشهب . انظر : المدونة (٢٧١/٣) ، نسخة هـ (ص ١١٦) .

(٤) سقطت من ك .

(٥) سقطت من ق .

الكتابة عرضاً أو طعاماً أوقفت القيمة لرجاء رخص ما عليه عند محله ، ويحاص الغرماء بالقيمة في الموت والفلس ، ولا يجوز أن يكاتبه ويرتهن رهناً من غير المكاتب فيصير كالحمالة .

ومن زوج مكاتبته من رجل على أن ضمن له كتابتها ، فولدت منه بنتاً ثم هلك الزوج ، فالحمالة باطلة ، وتبقى المكاتبة[1] على حالها وابنته أمة لا ترث أباها [للرق الذي فيها][2] ، وميراثه لأقرب الناس منه[3] .

وإذا ورثت مع أخيك لأبيك مكاتباً هو أخوك لأمك وضعت[4] عنه حصتك ، وسعى لأخيك في نصيبه وخرج حراً ، وإن عجز عتقت[5] حصتك فيه ، ولا تقوم عليك بقيته ، فأما لو وهب لك نصفه أو أوصى لك به فقبلته ، فإن المكاتب إن لم يكن له مال ظاهر ، مخير في أن يعجِّز نفسه ويقوم باقيه عليك ، ويعتق إن كان لك ، فإن لم يكن لك مال ، عتق منه نصيبك ورق باقيه ، وإن شاء أن يبقى على كتابته ، فإن ثبت عليها حطت عنه حصتك فيها ، فإن أدى فولاؤه لعاقدها ، وليس له تعجيز نفسه إن كان له مال ظاهر للتقويم عليك ، وإن تمادى في كتابته ، ثم عجز ، قوّم باقيه أيضاً عليك إن كنت ملياً وعتق ، فإن لم يكن لك مال عتق منه نصيبك ورق باقيه .

---

(١) في هـ : الكتابة

(٢) سقطت من ك وق .

(٣) في ز و ك و هـ : إليه .

(٤) في ك : وضع .

(٥) في ك : أعتق .

[فيمن يدخل في الكتابة بالولادة أو الشراء من القرابة ، وعتق السيد لأحدهم وزمانته وقوته]

وكل ما ولد للمكاتب بعد الكتابة من أمته مما حملت به بعد الكتابة ، دخل في كتابته وصاروا بمنزلته ، لا يعتقون إلا بأدائها ، وإن بلغوا جازت بيوعهم وقسمتهم بغير إذنه إن كانوا مؤمنين ، وما ولد له منها قبل الكتابة أو كوتب وأمته حامل منه فلا يدخل ذلك الولد معه في كتابته .

ولا ينبغي[1] للمكاتب أن يشتري ولده أو أبويه إلا بإذن سيده ، فمن ابتاع[2] بإذن سيده ممن يعتق على الحر بالملك دخل معه في الكتابة ، وجاز بيعهم وشراؤهم وقسمتهم بغير إذنه ، ولا يبيعهم في عجزه ، وإذا عجز وعجزوا رقوا كلهم للسيد ، فإن ابتاعهم بغير إذن السيد لم يفسخ ابتياعه[3] [إياهم][4] ، ولا يدخلون معه في كتابته ولا يبيعهم إلا أن يخشى [عجزاً][5] ، ولا بيع لهم ولا شراء ولا قسم إلا بإذنه ، ويعتقون بأدائه ، وكذلك أم ولده ليس لها أن تتجر إلا بإذنه ، ولا له بيعها إلا أن يخاف العجز .

---

(١) اختلف في قوله « لا ينبغي » هنا ، هل هي على الكراهة أو التحريم ، فقال الزرويلي هي على الكراهة ، ونقل ذلك عن اللخمي ، واستدل عليه بقوله بعدها : « فإن ابتاعهم بغير إذن السيد لم يفسخ ابتياعه إياهم » ، وحمل ابن يونس « لا ينبغي » هنا على الحرمة ، قال : وقياس قول مالك أنه يفسخ البيع . انظر : التقييد (١١٨/٣)، منح الجليل (٤٥٧/٩).

(٢) في ط : ابتاعه .

(٣) في هـ : بيعه .

(٤) سقطت من ق و ك و ط .

(٥) سقطت من ك .

وإن ابتاع من لا يعتق على الحر بالملك من القرابة بإذن السيد أو بغير إذنه لم يدخلوا معه في كتابته وله بيعهم وإن لم يعجز ، ولا فعل لهم إلا بإذنه .

وقال أشهب عن مالك : يدخل الولد والوالد إذا اشتراهم بإذن السيد ، ولا يدخل الأخ .

وقال ابن نافع وغيره : لا يدخل في الكتابة بالشراء بإذن السيد إلا الولد فقط ؛ إذ له أن يستحدثه[1][2].

قال ابن القاسم : وإذا كان المكاتب مدياناً فابتاع ابنه لم يدخل في كتابته وإن أذن سيده حتى يأذن غرماؤه .

ومن أدخلناه في الكتابة فله حكم من عقدت عليه ، فإن مات المكاتب لم يؤخذوا[3] بحلولها وسعوا[4] على النجوم .

وما ولد للمعتق إلى أجل أو للمدبر من أمته بعدما عقد له ذلك فبمنزلته ، وما ولد له قبل ذلك أو كانت أمته حاملاً منه حين العقد فرقيق ، وإن اشتريا ما ولد لهما قبل ذلك لم يكون بمنزلتهما ولهما بيعه[5] ، إذا أذن لهما في ذلك السيد ، إلا أن يأذن في ذلك للمعتق إلى أجل عند تقارب الأجل ، أو يأذن للمدبر والسيد مريض فلا يجوز إذنه

---

(١) في ز : يستخدمه .

(٢) أي يستحدث كتابته ، والمعتمد في المذهب قول ابن القاسم وروايته عن مالك أن من يعتق عليه لو ملكه وهو حر يدخل معه في كتابته إن ابتاعه بإذن سيده والذين يعتقون عليه هم أصوله وفروعه وإخوته وأخواته . انظر : منح الجليل (٩/٤٥٧ ـ ٤٥٨) .

(٣) في ز : لم يؤخذ .

(٤) في ز : ويسعوا .

(٥) في ز و ق : لم يكونوا بمنزلتهم ولهما بيعهم .

حينئذ ، وإنما يجوز إذن السيد في ذلك في الموضع الذي يجوز للسيد أن ينتزعهم ، فإن لم يأذن لهم ولم ينتزعهم[1] حتى عتقوا ، كانوا تبعاً كأموالهم ويعتقون عليهم .

وما ولدت المكاتبة من ولد بعد الكتابة ، فهم بمنزلتها لا سبيل للسيد عليهم في السعاية مادامت الأم على نجومها ، ولها أن تستسعيهم معها ، فإن أبوا أجرتهم[2]، ولا تأخذ من إجارتهم ولا مما بأيديهم إلا ما تقوى به على الأداء والسعي ، فإن ماتت وتركت ولدين حدثا في كتابتها سعيا فيما بقي ، وإن أزمن أحدهما سعى الصحيح ، ولا يوضع عنه لموت أمه ولا لزمانة أخيه شيء .

وإذا ولد للمكاتب من أمته ولدان واتخذ كل منهما أم ولد وأولدها إلا أن أولادهما هلكوا ثم مات الجد ، فالولدان مع أمهما يسعون ، فإن أدوا[3] عتقت معهما ، وإن مات أحدهما قبل الأداء ولم يدع ولداً وترك[4] أم ولده ، فإنها تباع ويعتق أخوه في ثمنها ولا يرجع السيد عليه بشيء .

وإن ولد للمكاتب ولد من أمته بعد الكتابة فأعتق السيد الأب ، لم يجز العتق إلا أن يكون الأب زمناً فيجوز ، ثم إن[5] كان للأب مال يفي بالكتابة ولا سعاية في الولد ، أدى من مال الأب عن الولد حالاً وعتقوا .

قال غيره[6]: هذا إن رضي الأب بالعتق ، وإلا لم يجز ؛ لأن السيد يُتَّهم على

(١) في ك : ولا انتزاعهم .
(٢) في ك و هـ : فإن أبوا وأجرتهم .
(٣) في ك : يسعيان ، فإن أديا .
(٤) في ك : أو ترك .
(٥) في ط : لا إن .
(٦) قال الزرويلي : قول الغير هنا تفسير ، وليس بخلاف . انظر : التقييد (١١٩/٣) .

تعجيل النجوم قبل وقتها .

قال ابن القاسم : فإن لم يكن في مال الأب إلا قدر ما يؤدي عنهم إلى أن يبلغوا السعي ، أخذ وأدى نجوماً إلى أن يبلغوا السعي ، ولا يؤخذ حالاً ؛ إذ لو ماتوا قبل بلوغ السعي كان المال لأبيهم ، فإن لم يكن في مال الأب ما يبلغهم السعي ، مضى عتق الأب ورقوا . قيل : فإن كانوا يقوون على السعي يوم عتق الأب وله مال ؟ قال : قال مالك في المكاتب يولد له ولدان في كتابته فيعتق السيد أحد الولدين وهو قوي على السعي[1]: لم يجز عتقه ، وإن كان كبيراً فانياً أو ذا ضرر أو صغيراً لا سعاية له ، جاز عتقه ، ولم يوضع عمن بقي من الكتابة شيء ، ولا يرجع الذي أدى على أخيه بشيء .

قال غيره[2]: إن كان للأب الزمن مال والولد يقوى على السعي ، لم يجز عتقه ؛ لأن ماله معونة لهم كبدنه .

[في الرجل يكاتب عبده أو يقر بقبض كتابته أو يوصي بها إلى رجل أو يعتق مكاتبه أو يضع ما عليه أو يبتله]

ومن كاتب عبده في مرضه وقيمته أكثر من الثلث ، قيل للورثة : امضوا كتابته ، فإن أبوا عتق من العبد مبلغ[3] الثلث بتلاً ، ولو أجاز له الورثة ذلك قبل موته وهم كبار لزمهم ذلك بعد موته ، فإن كاتبه في مرضه وقبض الكتابة ثم مات السيد ، فإن لم يحابه[4]، جاز ذلك كبيعه ومحاباته في البيع في ثلثه .

---

(١) في ك : أحد أولاده وبه قوة على السعي .

(٢) لم أقف على تسمية الغير ، وقد قال الزرويلي : إن قوله وفاق وليس بخلاف . انظر : التقييد (٣/١١٩).

(٣) في هـ : محمل .

(٤) يحابيه : أي ينقص في كتابته عما يكاتب به مثله . انظر : منح الجليل (٩/٤٤٥) .

وأما المديان يكاتب عبده فلا يجوز ، وذلك فيه من ناحية العتق ، بخلاف المريض ، وقال غيره[1]: الكتابة في المرض من ناحية العتق وقعت ، بمحاباة أو بغير محاباة ، وتوقف نجومه[2] ، فإن مات السيد والثلث يحمله ، جازت كتابته وإن لم يحمله[3] خُيِّر الورثة في الإجازة أو بتل محمل الثلث منه بما في يديه من الكتابة ، وقاله أكثر الرواة .

قال ابن القاسم : وإن كاتبه في صحته وأقر في مرضه بقبض الكتابة منه ، جاز ذلك ولم يتهم إن ترك ولداً ، فإن كان ورثته كلالة والثلث لا يحمله ، لم يصدق إلا ببينة ، وإن حمله الثلث صدق ؛ لأنه لو أعتقه جاز عتقه .

وقال غيره : إذا اتهم بالميل معه والمحاباة [له][4]، لم يجز[5] إقراره حمله الثلث أم لا ، ولا يكون في الثلث إلا ما أريد به الثلث ، وقاله ابن القاسم أيضاً غير مرة[6].

---

(١) وهو أيضاً قول لابن القاسم وسيأتي أنه قول أكثر الرواة ، والذي مشى عليه خليل قول ابن القاسم الأول ، ولم يشر إلى قوله الثاني الذي ذكر هنا أن عليه أكثر الرواة مما يدل على تشهيره للأول ، فقد قال : « ومكاتبته بلا محاباة وإلا ففي ثلثه » ، قال عليش في شرحه لقول خليل هنا : أي جاز لمريض مكاتبة رقيقه بلا محاباة ، وإلا بأن كان بمحابة فما حابى به يكون في ثلث السيد . انظر : منح الجليل (٩/٤٤٥)، مختصر خليل (٢٨٢) .

(٢) في هـ و ك : ويقوف بنجومه .

(٣) في ط : وإن لم يحمله الثلث .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) في ز : له لأنه لم يجز .

(٦) والمعتمد في المذهب قول ابن القاسم الأول . قال الدسوقي عن العوفي ، ومحل الخلاف بين ابن القاسم (في قوله المعتمد) وغيره إذا اتهم بالميل له وحمله الثلث ، فابن القاسم يراه كأنه لأن أوصى له بالثلث وهو ممن تجوز له الوصية فلذا قال : يصدق ، وغيره يرى أن إقراره بقبضه لم يكن على وجه الوصية ، بل إنما هو على إخراجه من رأس المال ، فلا يكون من الثلث =

وإن كاتبه في مرضه وأقر بقبض الكتابة في مرضه ، فإن حمله الثلث عتق ، كان ورثته ولداً أو كلالة ، كمبتدي عتقه ، وإن لم يحمله خُيِّر ورثته ، فإما أمضوا كتابته وإلا أعتق محمل الثلث منه[1].

وقال غيره[2]: يوقف بنجومه ؛ لأن الكتابة عتاقة من الثلث وليست من ناحية البيع ؛ لأن ما يؤدي المكاتب إنما هو جنس من الغلة .

قال ابن القاسم : فإن كاتبه في المرض بألف وقيمته مائة وأوصى بكتابته لرجل فإن حمل الثلث رقبته ، جازت الكتابة والوصية ، كالوصية أن يخدم فلاناً سنة ثم هو حر ، وإن لم يحمله الثلث ، ولم يجز الورثة ، فليعتق منه محمل الثلث ، وتبطل الوصية بالكتابة لتبدية العتق عليها .

ومن أوصى لرجل بمكاتبه أو بما عليه أو أوصى بعتق مكاتبه أو بوضع ما عليه ، جعل في الثلث الأقل من قيمة الكتابة أو قيمة الرقبة على أنه عبد

= إلا ما أريد به الثلث فلذا قال أنه لا يصدق ، وقد اتفق ابن القاسم وغيره فيما إذا اتهم ولم يحمله الثلث أنه لا يصدق في إقراره ، ولا يجوز من الثلث ولا غيره ويبطل إقراره ولا يصدق إلا ببينة ، ثم قال : هكذا فسر التونسي قول ابن القاسم . وإلى هذه المسألة أشار خليل بقوله : « وإقرار مريض بقبضها إن ورث غير كلالة ومكاتبته بلا محاباة ، وإلا ففي الثلث ». انظر : مختصر خليل (٢٨٢)، حاشية الدسوقي(٣٩١/٤)، منح الجليل (٤٤٥/٩).

(١) في هـ : وإلا أعتقوا منه محمل الثلث بتلاً .

(٢) الغير هنا هو نفس الغير الذي في الشق الأول من المسألة ، وقوله في شقي المسألة يوافق أحد قولي ابن القاسم ، وقد قدمنا أن المشهور في المذهب قول ابن القاسم الذي يخالف الغير ، وانظر المسألة مفصلة في منح الجليل عند قول خليل : « وإقرار مريض بقبضها إن ورث غير كلالة ومكاتبته بلا محاباة ، وإلا ففي ثلثه » . منح الجليل (٤٤٤/٩ ـ ٤٤٥).

مكاتب في خراجه[1] وأدائه ، كما لو قتل ، وقاله ابن نافع[2] ، وقال أكثر الرواة : ليس قيمة الكتابة ولكن الكتابة ، قالوا كُلُّهم : فأي ذلك حمل الثلث جازت الوصية .

ومن أوصى لرجل بثلث ماله كان الموصى له شريكاً للورثة في كل شيء تركه الميت ، من عين أو عرض أو كتابة مكاتب ، وصار كأحد الورثة .

[فيمن أوصى بمكاتبة عبده أو وهبه نجماً من كتابته ، وفي وصية المكاتب]

ومن أوصى أن يكاتب عبده[3] والثلث يحمل رقبته ، جاز ، وكوتب كتابة مثله على قدر قوته وأدائه ، وإن لم يحمله الثلث خير الورثة بين مكاتبته أو عتق محمل الثلث منه بتلاً .

ومن وهب لمكاتبه نجماً بعينه من أول الكتابة أو وسطها أو آخرها ، أو تصدق به عليه ، أو أوصى له به ، وذلك كله في المرض ، ثم مات السيد قوّم ذلك النجم وسائر النجوم بالنقد بقدر آجالها فتقدر حصة النجم منها ويعتق الآن[4] من رقبته ويوضع عنه النجم بعينه إن حمله الثلث ، وإن لم يحمله الثلث خير الورثة في إجازة ذلك أو ابتال محمل الثلث من المكاتب ، ويحط عنه [من][5] كل نجم بقدر ما عتق منه ، وليس من النجم المعين خاصة في هذا ؛ لأن الوصية قد حالت عن وجهها لمّا لم يجز الورثة .

---

(١) في ك و ز : جزئه .

(٢) وهو المشهور ، وإليه أشار خليل بقوله : « وإن أوصى لرجل بمكاتبه أو بما عليه أو بعتقه جازت إن حمل الثلث قيمة كتابته أو قيمة الرقبة » . مختصر خليل (٢٨٤) .

(٣) في هـ : عبده ولم يقم شيئاً .

(٤) في ك : ويعتق لا .

(٥) سقطت من هـ .

وإذا أدى المكاتب كتابته في مرضه جازت وصيته في ثلث ما بقي من ماله [بعد الكتابة][1] ، وإن مات قبل دفعها أو أمر بدفعها فلم تصل إلى السيد حتى مات فلا وصية له .

[فيما تكون به أمة المكاتب والمعتق أم ولد ، وشراء المكاتب زوجته الحامل وحكم أم ولده وولده إن مات عنهم]

وإذا كوتب العبد أو أعتق وقد ولدت منه أمته قبل ذلك لم تكن له أم ولد بذلك وله بيعها ، وإن ولدت من المكاتب أمته بعد الكتابة كانت له أم ولد بذلك ، ولا يبيعها إلا أن يخاف العجز . قال ربيعة[2]: أو في عُدْمِهِ[3] لدين عليه .

قال ربيعة : وإن مات المكاتب عديماً وعليه دين للناس قام ولده في دينه وأولاده منها رق لسيده .

قال ابن القاسم : وللمكاتب أن يشتري زوجته الحامل منه ، وليس للسيد منعه ؛ لأنه إذا ابتاعها بغير إذنه لم يدخل جنينها معه في الكتابة ولا تكون هي به أم ولد له . ولو ابتاعها بإذنه دخل حملها في الكتابة وكانت به أم ولد[4].

وإذا مات المكاتب وترك أم ولد ، وولداً منها أو من غيرها ولم يدع مالاً ، سعت مع الولد ، أو سعت عليهم إن لم يقووا وقويت هي على السعي وكانت مأمونة عليه .

وإن ترك أم ولد وولدا منها حدث في كتابته فخشي الولد العجز ، فلهم بيعها

---

(١) سقطت من ز و ق و ك . والمثبت من هـ .

(٢) قول ربيعة هنا تفسير . انظر : التقييد (١٢١/٣) .

(٣) في ك : أو في غرمه .

(٤) في هـ : وكانت هي أم ولد له .

وإن كانت أمهم ، وإن كان للأب أمهات أولاد سواها فخشي الولد العجز ، فلهم بيع من فيها نجاتهم كانت أمهم أو غيرها ، وأرى أن لا يبيع أمه إذا كان في بيع سواها ما يغنيه .

وإن ترك المكاتب مالاً فيه وفاء بكتابته ، وترك أم ولد ، وولداً منها أو من غيرها ، عتقت مع الولد فيه ، وكذلك إن ترك معه في الكتابة أجنبياً ، وترك مالاً فيه وفاء بكتابته ، فإن كتابته تحل بموته ويتعجلها السيد من ماله ، ويعتق بذلك من معه في الكتابة ، وليس لمن معه في كتابته من ولد أو أجنبي أخذ المال وأداؤه على نجومه[1] إذا كان فيه وفاء ، [و][2] يعتقون الآن [به][3]؛ لما فيه من الغرر ، فإن لم يف ببقية الكتابة فلولده الذين معه في الكتابة أخذه ، وإن كانت لهم أمانة وقوة على السعاية ويؤدون نجوماً[4].

قال سليمان بن يسار[5]: فإن لم يكن الولد مأموناً لم يُدفع إليه[6] شيء .

قال ابن القاسم : ولا يدفع ذلك المال لمن معه في الكتابة غير الولد من قريب أو أجنبي ، وليستعجله[7] السيد من الكتابة ، ويسعوا[8] في بقيتها ، فإن أدوا عتقوا

---

(١) في هـ : على النجوم .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) سقطت من هـ و ك ، وفي ط : الآن فيه .

(٤) في ط : ويؤدون الكتابة .

(٥) قول سليمان بن يسار هنا تفسير . انظر : التقييد (١٢٢/٣) .

(٦) في هـ : لم يدفع لهم .

(٧) في هـ : ويتعجله .

(٨) في هـ و ق : ويسعون .

وأتبع السيد الأجنبي بحصة ما أدى عنه من مال الميت وحاص به غرماؤه بعد عتقه ، وليس هذا كالمعتق على أن عليه مالاً بعد العتق .

وقال ربيعة[1]: لا يدفع المال إلى ولد ولا إلى غيره وإن كانوا ذوي قوة وأمانة ؛ إذ ليس لهم أصله وهو لا يؤمن عليه التلف إذا كان بأيديهم ، وليعجله السيد ويقاصهم به من آخر كتابتهم ، وإن كانوا صغاراً لا قوة فيهم على السعي ، فهم رقيق وذلك المال للسيد .

قال ابن القاسم : وإن ترك أم ولد لا ولد معها وترك مالاً فيه وفاء بكتابته ، فهي والمال ملك للسيد .

قال ربيعة[2]: وكذلك إن ترك ولداً ثم مات الولد .

[فيما ترك المكاتب من ورثة ومال ، والرجوع على من يعتق من قرابته]

قال ابن القاسم : وإن ترك المكاتب ولداً حدث في كتابته ومالاً فيه وفاء بالكتابة وفضل ، أخذ السيد منه الكتابة وما بقي ورثه ولده الذين معه في الكتابة على فرائض الله ؛ لأنهم ساووه في أحكامه بعقد الكتابة في رقها وحريتها ، ولا يرث منه ولده الأحرار الذين ليسوا معه في كتابته ولا زوجته [و][3] إن كوتبت معه ، ولا شيء للسيد مما فضل إلا أن يكون الولد الذي[4] في الكتابة بنتاً أو بنتين ، فله الباقي بعد

---

(١) قول ربيعة هنا خلاف المذهب ، والمذهب قول ابن القاسم . انظر : منح الجليل (٩/٤٥٩) عند قول صاحب المختصر : « وإن لم يترك وفاء وقوي ولده على السعي سعوا وترك متروكه للولد إن أمن » .

(٢) قول ربيعة هنا تفسير وتتميم . انظر : التقييد (٣/١٢٢) .

(٣) سقطت من ط .

(٤) في هـ و ط : الذين .

النصف أو الثلثين دون أحرار [ورثة المكاتب ، وإن لم يكن معه في الكتابة أحد أو كان معه أجنبي وترك وفاء بكتابته تعجلها السيد وكـان لـه مـا بقـي(١) دون ورثـة المكـاتب الأحرار](٢) ، واتبع السيد الأجنبي بجميع ما ينوبه مما عتق به من مال الميت ، وإن كان مع الأجنبي ولد للميت في الكتابة أتبعه الولد بذلـك دون السيد ، وورث الولـد أيضـاً بقية المال .

وإن ترك المكاتب ابنتين(٣) وابن ابن معهما في الكتابـة وتـرك فضـلاً عـن كتابتـه ، فلابنتيه مما فضل عن كتابته الثلثان ولولد الابن ما بقي ، وإنما يرث المكاتب ممن معـه في الكتابة من أقربائه ، الولد وولد الولد والأبوان والجـدود والإخـوة دون أحـرار ولـده ، ولا يرثه سواهم من عم أو ابن عم أو غيرهم من عصبة ولا زوجة ، وإن كانوا معـه في الكتابة ، [وأصل هذا أنه لا يرثه ممن معه](٤) في الكتابة إلا من لو أدى عنـه لم يرجـع عليه إلا الزوجة ، فإنها لا ترثه ولا يرجع عليها إن عتقت [في حياته](٥) بأدائه أو بعد موته في ماله ، ولا يرجع عليها من يرثـه مـن وارث أو سيد ، ويرجعـون علـى مـن(٦) كان هو يرجع عليه وهو يرجع على خاله وخالتـه وبنـت أخيـه وعمتـه ، ولا يرجعـون على من ذكرنا أنه يرثه في كتابته .

وإن هلك أحد الأخوين في كتابته وترك فضلاً عن كتابته كان ما فضل بعد الكتابة

---

(١) في هـ : وكان له فضل ما بقي . وفي ق : وكان له ما بقي للسيد دون ورثة المكاتب .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

(٣) في هـ و ك : وابنتيه .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٥) سقطت من ق و ك و هـ .

(٦) في هـ : ويرجعون على كل من .

للأخ دون السيد ، ولا يرجع السيد على الأخ بشيء مما أدى عنه من مال أخيه .

ولو ترك الميت ولداً فأدى الولد من ذلك المال جميع الكتابة ، لم يرجع على عمه بشيء ؛ لأن أباه لم يكن يرجع عليه لأنه أخوه .

وإذا مات المكاتب بعد موت سيده وترك مالاً فيه وفاء ولم يدع ولداً ، فذلك بين ورثة السيد يدخل فيه بناته وأمهاته وزوجاته وغيرهم ؛ لأنه موروث بالرق لا بالولاء .

وإن ترك المكاتب في الكتابة بنتاً ، فلها النصف بعد الكتابة ولورثة السيد ما بقي ، وإذا هلك أحد الأخوين في كتابة وترك أم ولد ولا ولد معها ، فهي رقيق ولا تعتق [ولا تسعى](١) أم ولد(٢) المكاتب بعده ، إلا أن يدع ولداً منها أو من غيرها كاتب عليهم أو حدثوا في الكتابة ، فهاهنا لا ترد أم ولده في الرق إلا أن يعجز الولد ، ولا تقوى هي على السعي عليهم أو يموت الولد قبل الأداء .

ولو كان المكاتب وولده في كتابة فمات ولده عن أم ولد ولا ولد معها ، فهي رق للأب وإن ترك مالاً كثيراً ، إلا أن يترك ولداً - كما ذكرنا - .

ومن كاتب عبده ثم كاتب زوجة العبد كتابة على حدة ، فما حدث بينهما من ولد كان في كتابة الأم يعتق بعتقها لا بعتق الأب ونفقتهم عليها .

* * *

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في هـ : ولا تسعى وتباع أم ولد .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب أمهات الأولاد[1] ﴾

[فيمن أقر بوطء أمته ، وادعى ولدها وهي عنده أو بعد أن باعها]

[قال مالك :][2] ومن أقر بوطء أمته ولم يدع استبراءً لزمه ما أتت به من ولد لأقصى ما تلد له النساء ، إلا أن يدعي الاستبراء بحيضة لم يطأ بعدها ونفى الولد ، فيصدق في الاستبراء ، ولا يلزمه ما ولدته لأكثر من ستة أشهر من يوم الاستبراء .

ومن أقر في مرضه بحمل أمته وبولد أمة له أخرى وبوطء أمة ثالثة لم يدع استبراءها ، وأتت بولد يشبه أن يكون من وطئه ، فأولادهن لاحقون به أجمعون ، وهن بذلك أمهات أولاد يعتقن من رأس ماله[3].

قال مالك : وأما إن قال [في مرضه :][4] كانت هذه ولدت مني ، ولا يعلم ذلك إلا بقوله ، ولا ولد[5] معها ، فإن كان ورثته ولداً صدق وعتقت من رأس

---

(١) أمهات الأولاد : جمع أم ولد ، وهذا الإطلاق ينطبق على كل ذات ولد من بني آدم ومن غيرهم ، إلا أن الفقهاء خصوا أم الولد بالأمة إذا ولدت من سيدها ، وقد عرف ابن عرفة أم الولد بقوله : « هي الحر حَمْلُها من وطء مالكها عليه جبراً » . انظر : التقييد (١٢٣/٣)، شرح حدود ابن عرفة (٧٤٥)، منح الجليل (٤٧٨/٩) .

(٢) سقطت من ز و ق .

(٣) في ز : من رأس أمهات أولاد ماله .

(٤) سقطت من ز و ق .

(٥) في هـ : ولا ولد له معها .

المال ، وإن لم يترك[1] ولداً لم يصدق ، ولا تعتق الأمة في الثلث وتبقى رقاً ، إلا أن يكون معها ولدٌ ، أو[تقوم لها][2] بينة تشهد فتعتق من رأس المال . وقال أيضاً مالك[3]: لا تعتق إذا لم يكن معها ولد [لا][4] من ثلث ، ولا من رأس مال ، كان ورثته ولداً أو كلالة ، كقوله : [كنت][5] أعتقت عبدي في صحتي ، فلا يعتق في ثلث ولا رأس مال ، وقاله أكثر الرواة .

ومن باع أمة فولدت لستة أشهر أو أكثر مما تلحق فيه الأنساب فادعى البائع أنه ولده ، وأقر بالوطء أو باعها وهي حامل ثم ادعى الولد بعد الوضع ، فإن الولد يلحق به إن لم يتهم ، ويرد البيع ، وتكون به أم ولد له ، وإن باعها ومعها ولد ثم استلحق الولد عند الموت بعد سنين كثيرة ، فإنه يلحق به إن لم يتهم بانقطاع من الولد إليه[6] وهو لا ولد له .

وقال أشهب : إذا ولد عنده من أمته ولم يكن له نسب ، فإقراره جائز ، ويلحق به

---

(١) في هـ : وإن كان ورثته كلالة ولم يترك .

(٢) سقطت من ز و هـ و ق . والمثبت من ك .

(٣) المعتمد في المذهب قول مالك الأول في رواية ابن القاسم عنه أنه إن ورثه ولد صدق وعتقت من رأس ماله ، وإن خالفه أكثر الرواة ، وإليه أشار خليل بقوله : « وإن قال في مرضه : ولدت مني ، ولا ولد لها صدق إن ورثه ولد » . انظر : مختصر خليل (٢٨٥)، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤/٤١١ - ٤١٢)، منح الجليل ٠٩/٤٨٦ - ٤٨٧) .

(٤) سقطت من ز و هـ و ق ، والمثبت من ك ، وهو الموافق لما في المدونة .

(٥) سقطت من ز و هـ و ق ، والمثبت من ك .

(٦) في المدونة : « فيتهم على أنه إنما أراد أن يميل بميراثه إليه ؛ لأن الصبي له إليه انقطاع » ، وذلك بأن لا يكون له ولد . انظر : المدونة (٣/٣١٧)، التقييد (٣/١٢٤) .

الولد ويرد الثمن ، وتكون الأمة أم ولد له وإن كان ورثته كلالة[1] [أو ولداً][2] ، وقاله كبار أصحاب مالك .

قال سحنون : وهذا أصل قولنا[3] ، وعليه العمل ، ومثله [من][4] قول ابن القاسم في استلحاق من أحاط الدين بماله ، ولدَ أمته أنه يلحق به[5] وتكون هي أم ولد [له][6] ، ولا يلحقها الدين ، وكذلك أمهات الأولاد لا يلحقهن الدين ولا يردهن بخلاف المديان بعتق ، وقاله جميع الرواة ، فهذا كان أولى بالتهمة من الذي استلحق في مرضه لإتلافه أموال الناس ، [إلا أن][7] استلحاق النسب يقطع[8] كل تهمة . قال أشهب : ألا ترى أن الرجل يطلق زوجته قبل البناء ، فلا يجوز له ارتجاعها إلا بنكاح جديد وولي وصداق ، ثم إن ظهر بها حمل فادعاه ، لحق به الولد وجاز له أن يرتجع بلا صداق ولا نكاح مبتدأ ، فالولد قاطع للتهم[9] .

---

(١) أي ولو كان يتهم بانقطاع من الولد ، فالفرق بين قول أشهب وابن القاسم أن ابن القاسم إنما يلحقه إذا كان الأب لا يتهم بإلحاقه ، بأن كان له ولد غيره يرثونه ، وأشهب ومن معه يرون إلحاقه به ، ولو كان متهماً بأن كان يورث كلالة لا ولد له ولا والد .

(٢) سقطت من ز و هـ و ق . والمثبت من ك .

(٣) قال الزرويلي : وما قال أشهب وسحنون أصوب ، وقد رجحه ابن رشد . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٣/٤٢٣ ـ ٤١٤)، منح الجليل (٦/٤٧٨ ـ ٤٧٩)، التقييد (٣/١٢٤).

(٤) سقطت من ز و ق .

(٥) في ط : وله أمة ولدت له أنه يلحق به .

(٦) سقطت من ق و ز ، وفي ك : به .

(٧) سقطت من هـ .

(٨) في هـ : يدفع .

(٩) في هـ : للتهمة .

[فيمن باع أو زوّج أمة وطئها وأتت بولد وهي والسيد ينكر الولد]

ومن أقر بوطء أمته ثم باعها قبل أن يستبرئها ، فأتت بولد لما يشبه أن يكون من وطئه ، فأنكره البائع ، فهو به لاحق ، ولا ينفعه إنكاره ، ويرد البيع إلا أن يدعي استبراء . قيل : فإن أقر بوطء أمته فأتت بولد فأنكر السيد أن تكون ولدته ؟ قال : سئل مالك عن المطلقة تدعي أنها قد أسقطت وانقضت عدتها ، ولا يعلم ذلك إلا من قولها ، فقال : لا يكاد يخفى على الجيران الولادة والسقط ، وإنها لَوُجُوهٌ تُصدَّق فيها النساء وهو الشأن ، ولكن لا [يكاد][1] [هذا][2] يخفى على الجيران ، فكذلك مسألتك في ولادة الأمة .

وأم الولد إذا ولدت ولداً في حياة سيدها أو بعد موته أو بعد أن أعتقها لمثل ما تلد[3] له النساء ، فالولد يلحقه إلا أن يدعي الحي استبراء أو ينفي الولد ، فلا يلزمه .

[فيمن زوج عبده أمته أو وطئ مكاتبته أو أمة ابنه الصغير أو زوجته أو أمة بينه وبين شريكه]

[قيل : فمن زوج أمته عبده أو أجنبياً فأتت بولد لستة أشهر فأكثر ، فادعاه السيد ، لمن الولد ؟ قال : قال مالك في رجل زوج أمته عبده أو أجنبياً ، ثم وطئها السيد فأتت بولد ، فالولد للزوج ، إلا أن يكون الزوج معزولاً عنها مدة في مثلها براءة الرحم ، فإنه يلحق بالسيد ؛ لأنها أمته ، ولا يحد ، وكذلك الجواب إن أتت بولد لستة أشهر وقد دخل بها زوجها فادعاه السيد .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) في هـ و ز : لما يلد .

وإن أتت به[1] لأقل من ستة أشهر ، وقد دخل بها زوجها ، فسخ نكاحه ولحق الولد بالسيد إن أقر بالوطء ، إلا أن يدعي استبراء][2].

[فيمن وطئ أمة مكاتبه أو أمة لولده أو أم ولد أو زوجة فحملن أو لا]

ومن وطئ أمة مكاتبه فأتت بولد ، لحق به وكانت به أم ولد ولا يحد ؛ إذ لا يجتمع الحد والنسب ، فإذا درئ الحد ثبت النسب ، وعليه قيمتها يوم حملت ولا قيمة عليه للولد ، فإن كان عديماً والذي على المكاتب كفاف القيمة ، عجل عتقه[3] وإن زادت القيمة أُتبع السيد بالزيادة . وقال غيره[4]: ليس للسيد[5] تعجيل ما على مكاتبه ويغرم له القيمة في ملائه وتباع الكتابة لذلك في غرمه ، فإن كانت كفافاً كانت أم ولد للسيد ، وللمكاتب أخذ قيمة أمته معجلاً ، والأداء على نجومه إلا أن يشاء أن يكون أولى بما بيع من كتابته لتعجيل عتقه ، فذلك له ، وإن لم يكن في

---

(١) في هـ : وإن وطئها فأتت بولد .

(٢) ما بين المعكوفتين ورد فيه اختلاف كبير في مختلف النسخ ، بالنقص والزيادة والتقديم والتأخير . والمثبت من ك لكونه أقوم للمعنى .

(٣) قوله هنا : « عجل » هذه العبارة ليست في المدونة ، وإنما نص المدونة في حال عدم السيد قال : « أرى أن يكون ذلك على السيد ، ويقاص المكاتب سيده بذلك ، فإن كانت قيمتها كفافاً لما بقي عليه من الكتابة عتق ، وإن كان في قيمتها فضل رجع بذلك المكاتب على سيده وعتق » لذلك رأى الزرويلي أن قول الغير هنا وفاق لقول ابن القاسم على احتمال أن ابن القاسم أراد بالمقاصة فيما إذا رضي المكاتب . انظر تفصيل هذه المسألة في التقييد (١٢٦/٣)، وانظر : المدونة (٣٢٠/٣) .

(٤) لم أقف على تسمية الغير هنا في كتب المذهب ، وقوله موافق لقول ابن القاسم حسب توجيه الزرويلي ـ كما تقدم ـ . انظر : التقييد (١٢٦/٣)، المدونة (٣٢٠/٣) .

(٥) في هـ و ك : ليس على السيد .

ثمن الكتابة إلا قدر نصف قيمة الأمة أخذه المكاتب ، ويبقى له نصف الأمة رقيقاً ، ونصفها لسيده بحساب أم ولد ، وأتبع السيد بنصف قيمة الولد .

ومن وطئ أمة ابنه الصغير أو الكبير ، درئ عنه الحد وقومت عليه يوم الوطء ، حملت أو لم تحمل ، كان ملياً أو مُعدماً .

قال مالك في وطء الشريك إذا لم تحمل ، فلشريكه التماسك بنصيبه ، والأب[1] عندي بخلاف الشريك في ذلك ، فإن كان الابن كبيراً ، والأب[2] عديماً قومت عليه يوم الوطء ، وبعناها عليه في تلك القيمة إن لم تحمل ، وكذلك المرأة تحل جاريتها لزوجها أو لولدها أو لأجنبي ، وإن بيعت عليهم في العدم فلم يكن في الثمن تمام القيمة أُتبعوا بالبقية ديناً ، وليس للمحلل[3] التماسك بها وإن لم تحمل .

وإذا قومت على الأب أمة الابن وقد حملت منه وكان الابن قد وطئها ، أُعتقت على الأب ؛ إذ قد حرم عليه وطؤها وبيعها ، ولحق به الولد ، ولو لم تحمل من الأب حل له بيعها وحرم عليه وطؤها .

وإن وطئ الأب أم ولد ابنه غرم لابنه قيمة أم الولد ، وعتقت على الابن لا على الأب ؛ لأن الولاء قد ثبت للابن ، وإنما عتقت لأنها قد حرمت على الأب والابن .

وأما إن وطئ الأب زوجة ابنه لم تحرم الزوجة على الابن في أحد قولي

---

(١) في ق : والابن .

(٢) في هـ : أو كان الوالد . وفي ز : أو الأب .

(٣) في ز : وليس للتحلل .

مالك[1] بخلاف أم الولد ؛ لأن الأب لا حد عليه في وطء أم ولد ابنه ، ويحد في وطء زوجة ابنه ويرجم إن كان محصناً .

وإن أتت أم ولد الابن بعد وطء الأب إياها بولد لحق بالابن ، إلا أن يكون الابن معزولاً عنها[2] قبل وطء الأب إياها بمدة[3] في مثلها تستبرئ ، فيلحق بالأب ؛ لأن مالكاً قال فيمن زوج أمته عبده فدخل بها ثم وطئها السيد فأتت بولد : إنه يلحق بالعبد ، إلا أن يكون العبد معزولاً عنها أو غائباً غيبة يعلم أنها قد حاضت بعدها واستبرأ رحمها ، فيلحق الولد بالسيد وترد الأمة إلى زوجها .

ومن اشترى زوجته[4] لم تكن أم ولد له بما ولدت منه قبل هذا الشراء ، إلا أن يبتاعها حاملاً ، فتكون بذلك الولد أم ولد له ، ولو كانت لأبيه[5] فابتاعها حاملاً ،

---

(١) وهو المعتمد منهما - كما تقدم في كتاب النكاح - وهو قوله في الموطأ ، وقوله الثاني أنها تحرم عليه ، وهو قوله في الواضحة ، وقد تقدمت هذه المسألة والتعليق عليها في كتاب النكاح ، انظر (ص٢٢٩ - ٢٣٠) من هذا الجزء .

(٢) قوله : إلا أن يكون الابن معزولاً عنها ، هذه الجملة ليست في المدونة في مسألة الأب وابنه ، وإنما هي في مسألة السيد وعبده ، ونص المدونة في مسألة الأب وابنه : « قلت : أرأيت إن جاءت هذه الجارية بولد بعدما وطئها الأب ؟ قال : ينظر في ذلك ، فإن كان الابن غائباً يوم وطئها الأب وقد غاب الابن قبل ذلك غيبة يعلم أن في مثلها قد استبرأت لطول مغيبه فالولد ولد الأب » ، ثم استدل على هذه المسألة بمسألة السيد والعبد ، وقد تعقب عبد الحق اختصار هذه المسألة على البراذعي ، قال الزرويلي : واختصار أبي سعيد للمسألة التي عقب عليه عبد الحق إنما تبع فيها اختصار أبي محمد . انظر : المدونة (٣/٣٢١ - ٣٢٢)، التقييد (١٢٦ - ١٢٧).

(٣) في هـ : وطء الأب بغيبة . وفي ك و هـ : في غيبة .

(٤) في ك : ومن استبرأ أمته .

(٥) في ق : لابنه .

لم تكن له أم ولد بذلك الحمل ؛ لأن ما في بطنها قد عتق على جده ، بخلاف أمة الأجنبي ؛ لأن الأب[1] لو أراد بيع أمته [وهي حامل][2]، لم يجز ذلك ؛ لأنه قد أعتق عليه ما في بطنها ، والأجنبي لو أراد بيع أمته وهي حامل[3] من زوجها ، جاز له ذلك ، ودخل حملها في البيع معها .

وقال غيره[4]: لا يجوز للابن شراؤها من والده وهي حامل ؛ لأن ما في بطنها قد عتق على جده ولا يجوز أن تباع ، ويستثنى ما في بطنها ؛ لأن في ذلك غرر ، لأنه وضع من ثمنها لما استثنى وهو لا يدري أيكون أم لا ، فكما لا يجوز بيع الجنين لأنه غرر ، فكذلك لا يستثنى ، وهذا الجنين لا يرق ولا يلحقه دين ؛ لأنه عتق بِسُنَّة وليس هو عتق اقتراف[5].

قال ابن القاسم : ومن ابتاع زوجة والده حاملاً انفسخ نكاح الأب ؛ إذ لا ينكح أمة ولده ، ولا تكون أم ولد للأب ، وتبقى رقيقاً للابن ويعتق عليه ما في بطنها ،

---

(١) في هـ : الولد .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ق . وفي هـ : وهي حامل من زوجها . وقوله : لأن الأب لو أراد بيع أمته وهي حامل ، أي : وهي حامل من ابنه . انظر : المدونة (٣/٣٢٢) .

(٣) في هـ : ما في بطنها ، وإن الأمة التي لغير أبيه لو أراد بيعها وهي حامل .

(٤) في التقييد : قال المغيرة المخزومي . وقول الغير هنا ليس بخلاف ـ كما قال في التقييد ؛ لأن ابن القاسم تكلم عن الحكم فيما إذا اشتراها وفات ذلك ، وإلا فهو يتفق مع الغير في عدم جواز الشراء ابتداءً . انظر : التقييد (٣/١٢٧) .

(٥) قوله : لأنه عتق بسنة وليس عتق اقتراف أي أنه عتق من قبل الشرع أعتقه على السيد جبراً ، وليس هو باقتراف من السيد أي باكتساب منه واختيار منه للعتق من تلقاء نفسه ، من قولهم : اقترف الشيء إذا اكتسبه ، ومنه قوله تعالى : ﴿ ومن يقترف حسنة ﴾ أي : يكتسبها . انظر : المصباح (٤٩٩)، التقييد (٣/١٢٧) .

ولا يبيعها حتى تضع [إلا أن يرهقه دين ، فتباع وهي حامل ، وقاله أشهب[١] .

وقال غيرهما[٢] : لا تباع في الدين حتى تضع][٣] ؛ لأنه عتق بسنة لا باقتراف .

قال ابن القاسم : وإن كان حملها من أخيك بنكاح فابتعتها ، فهي والولد رقيق لك ، والنكاح ثابت .

[في أم ولد المرتد وماله ، والذمي تسلم أم ولده وأمته وحكم ولدهما]

ومن ارتد ولحق بدار الحرب أو أُسر فتنصر بها ، وقف ماله وأم ولده ومدبروه ، وتحرم على المرتد أم ولده في ردته حتى يسلم ، وأما النكاح فتنقطع عصمته بارتداده فإن قدم فأسلم ، رجعت إليه أم ولده [ومدبروه][٤] وعاد إليه ماله ورقيقه ، وإن قتل على ردته عتقت أم ولده من رأس ماله وعتق مدبروه في الثلث ، وتسقط وصاياه ويكون ماله لجميع المسلمين .

وإن أسلمت أم ولد الذمي ، فقال مالك مرة : توقف حتى يموت أو يسلم فتحل له ، ثم رجع وثبت على أنها تعتق وولاؤها للمسلمين[٥] ، ولا تسعى في قيمتها ، فإن أسلم السيد بعدها قبل أن تعتق ، فهو أحق بها ، وتبقى[٦] له أم ولد [كما

---

(١) في هـ : ابن شهاب .

(٢) غيرهما أي : غير ابن القاسم وأشهب ، وفي المدونة : وقد قال بعض رواة مالك . ولم أقف على تعيين أسمائهم . والذي عليه المذهب قول ابن القاسم وأشهب .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٤) سقطت من ق و ك .

(٥) والذي عليه المذهب قوله الذي رجع إليه وثبت عليه ـ كما تقدم بيانه في كتاب المكاتب .

(٦) في هـ : بها أن تبقى .

كانت][1] وإن طال ما بين إسلامهما مـا لم تعتـق بقضيـة إمـام . ومـا ولدتـه مـن غـير سيدها الذمي بعد أن أولدها فـلا يعتقـون بإسـلامها ، كـانوا صغـاراً أو كبـاراً ، وإنمـا يعتقون بموت سـيدها ، ولا يكونـون مسـلمين بإسـلامها ؛ لأن الولـد لـلأب في الديـن وللأم في الرق ، فإن أسلم كبارهم لم يعتقوا [أيضاً][2] إلا إلى موت السيد[3].

وإذا أسلمت أمة النصراني ولها ولد ، لم يكن ولدها مسلماً بإسلامها إذا كان أبـوه نصرانياً ، صغيراً كان الولد أو كبيراً ، وتباع وحدها دون الولد ، إلا أن يكـون الولـد لم يستغن عنها ، فيباع معها من مسلم ، وليس لمشتريه أن يجعله مسـلماً إذا كـره ذلـك أبوه ، ويبقى على دين أبيه . [قيل :][4] فإذا أسلمت أم ولـد المكـاتب الذمـي وسـيده مسلم[5] ، [قال : أرى أن توقف ، فإن عجز المكاتب كـانت حالـه كحـال النصـراني اشترى أمة مسلم ، فـإن كـان سـيده ذميـاً وقفـت ، فـإن أدى المكـاتب وعتـق عتقـت عليه ، وإن عجز رق وبيعت عليه][6].

[في أم الولد تُكاتب أو تُستخدم أو تُعتق أو تُباع]

وليس للرجل أن يكاتب أم ولده ، وإنما يجوز أن يعتقها على مـال يتعجلـه منـها ، فإن كاتبها فسخت الكتابـة ، إلا أن يفـوت بـالأداء فتعتـق ، ولا ترجـع فيمـا أدت إذا

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) سقطت من ق .

(٣) في ز : إلا بموت السيد .

(٤) سقطت من ك .

(٥) في هـ : وسيدها ذمي . وفي ز : وسيدها ذمي أو مسلم .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ك . وفي ك و هـ : وإذا أسلمت أم ولـد المكـاتب الذمـي وسـيده ذمـي وقعت ، فإن أدى وعتق عتقت ، وإن عجز رق وبيعت معه .

كان للسيد انتزاع مالها ما لم يمرض . وليس للسيد فيها خدمة ولا استسعاء ولا غلة ، وإنما له فيها المتعة ، وله الخدمة في أولادها من غيره ممن ولدته بعد ولادتها منه ، وهم بمنزلتها يعتقون بعد موت السيد من رأس المال وهم بخلافها في الغلة ، وتسلم في الجناية[1] خدمتهم . وهذا مذكور في كتاب الجنايات[2].

وللسيد أن يعجل عتق أم ولده على دين يبقى عليها برضاها ، وليس ذلك بغير رضا . قال يحيى بن سعيد[3]: فإن مات السيد وعليها الذي اشترت به نفسها ، اتبعت به ، ولو كانت كتابة سقطت وعتقت .

وإن كاتب الذمي أم ولده الذمية ثم أسلمت عتقت وسقطت عنها الكتابة ، ومن باع أم ولده فأعتقها المبتاع ، نقض البيع والعتق ، وعادت أم ولد له ، فإن ماتت بيد المبتاع قبل أن ترد فمصيبتها من البائع ، ويرد الثمن ، فإن لم يعلم للمبتاع موضع[4] كان على البائع طلبه حتى يرد إليه الثمن ماتت أم الولد أو بقيت ، وكذلك إن مات البائع ، وقد ماتت هي بعد موته أو قبله أو بقيت[5] أو لم يمت البائع ، وقد ماتت هي أو بقيت ، فإن البائع يُتْبع بالثمن في ذمته كان ملياً أو معدماً .

[في أم ولد المأذون له ، والمكاتب والمدبر إذا عتقوا]

وإذا اشترى المأذون أمة بإذن سيده أو بغير إذنه ، فوطئها ، ثم عتق وقد ولدت منه

---

(١) في ز و هـ : في الجنايات .

(٢) سيأتي كتاب الجنايات في الجزء الرابع .

(٣) قول يحيى بن سعيد هنا تفسير وبيان . انظر : التقييد (١٢٩/٣).

(٤) في ز : فإن لم يعلم المبتاع موضعاً .

(٥) في ك : أو لم تمت أو بقيت .

أولاداً ، أو هي حامل منه فهي تبع له كماله ، ولا تكون له أم ولد بما ولدت منه[1] قبل عتقه ، ولا بما كانت به حاملاً حين عتق ؛ لأن ذلك الولد رق لسيده إلا أن يملك المأذون حملها قبل أن تضعه ، فتكون به أم ولد له ، ولو أعتقها المأذون بعد أن عتق لم أُعجّل لها ذلك وكانت حدودها حدود أمة حتى تضع ، فيرق الولد للسيد الأعلى وتعتق هي بالعتق الأول فيها ، بغير إحداث عتق .

قال ابن القاسم : وكل ما ولد للمكاتب أو للمدبر من أمته مما حملت به بعد عقد التدبير أو الكتابة فهو بمنزلته يعتق مع المكاتب بالأداء ومع المدبر في الثلث ، فإذا عتقا كانت الأم أم ولد بذلك لهما ، كان الولد الآن حياً أو ميتاً ، وقاله مالك ، ولمالك قول آخر[2] أنها لا تكون بذلك أم ولد ، وقاله أكثر الرواة في المدبر خاصة إذ كان للسيد انتزاعها .

قالوا : وأما المكاتب فهي له أم ولد إذا عتق إذ كان السيد ممنوعاً من ماله . وليس للمدبر أن يبيع أم ولده في حياة سيده إلا بإذنه ، وللسيد انتزاعها إذا شاء . وإذا مات المدبر وترك ولداً حدث في تدبيره من أمته ثم مات السيد كانت أم ولد المدبر ، وما ترك من مال لسيده ، ويعتق ولده في ثلث السيد بعد موته .

---

(١) في هـ : بما ولدت منه وهي في ملكه قبل عتقه .

(٢) والذي عليه المذهب قول مالك الأول الذي روى عنه ابن القاسم أن الولد يتبع أباه في التدبير ، وتصير أمه به أم ولد ـ كما هو الحال في المكاتب ـ . وإلى المذهب أشار خليل بقوله : « وكولد المدبر من أمته بعده وصارت به أم ولد ». مختصر خليل (٢٨٠)، وانظر: منح الجليل (٩/٤٢٨).

[في الذي يستلحق ولداً قد باعه أو أعتقه هو أو غيره أو من يتبين فيه كذبه ، وحكم الأم في ذلك والثمن]

ومن باع صبياً ولد عنده أو لم يولد عنده ثم استلحقه بعد طول الزمان ، لحق به ورد الثمن إلا أن يتبين كذبه .

ومن استلحق ولداً لا يعرف له نسب ، لحق به ، وإن لم يعرف أنه ملك أمه بشراء أو نكاح ، وكذلك إن استلحق عبده أو أمته لحقا به ، إلا أن يتبين كذبه في ذلك كله فلا يلحق به ، ومما يعرف به كذبه أن يكون له أب معروف ، أو هم من المحمولين من بلدة يعلم أنه لم يدخلها قط ، كالزنج والصقالبة ، أو تقوم بينة أن أم هذا الصبي لم تزل متزوجة لغير هذا المدعي حتى ماتت ، وإن قالوا : لم تزل ملكاً لغيره ، فلا أدري[1] ما هذا ، ولعله تزوجها .

وإن استلحق محمولاً من بلدة دخلها لحق به ، والذي يبتاع أمة فتلد بعد الشراء بأيام فيدعيه ، فهذا ممن قد تبين كذبه إلا أنه لا يحد ، ولا يلحق به [الولد][2] إلا أن يكون كانت له زوجة ثم ابتاعها وهي حامل فتجوز دعواه .

ومن وُلد عنده صبي فأعتقه ثم استلحقه بعد طول الزمان لحق به وإن أكذبه الولد . ومن استلحق صبياً في ملك غيره أو بعد أن أعتقه غيره لم يصدق إذا أكذبه الحائز لرقه أو لولائه ، ولا يرثه إلا ببينة تثبت ، وكذلك إن استلحق ابن أمة لرجل وادعى نكاحها وأكذبه السيد لم يلحق به ، إلا أن يشتريه فيلحق به ويعتق ، كمن ردت شهادته بعتقه

---

(١) كأنه استشكله أولاً ثم جعله مُصَدّقاً .

(٢) سقطت من ز و ق و ك .

ثم ابتاعه[1] ، ولأنه ادعاه بنكاح لا بحرام ، وإن ابتاع الأم لم تكن به أم ولد [له][2] ، فإن أعتقهم سيدهم قبل أن يبتاعهم مستلحقهم ، لم يثبت نسبهم منه ولا يوارثهم[3] ، إلا بأمر يثبت ؛ لأن الولاء قد ثبت لسيدهم فلا ينتقل عنه إلا ببينة .

ومن باع أمة فأعتقت لم تقبل دعوى البائع أنه كان أولدها إلا ببينة ، ومن ابتاع أمة فولدت عنده ما بينها[4] وبين أربع سنين ولم يدعه ، فادعاه البائع ، فإنه يلحق به ويرد البيع ، وتعود هي أم ولد له ، إن لم يتهم فيها ، فإن ادعاه بعد عتق المبتاع الأم والولد ، ألحقتُ به نسب الولد ، ولم أُزِلْ عن المبتاع ما ثبت له من ولائهما ويرد البائع الثمن ، وكذلك إن استلحقه بعد موتهما ، ولو عتقت الأم خاصة لم أقبل قوله فيها ، وقبلته في الولد ، [ولحق به][5] وردّ الثمن لإقراره أنه ثمن أم ولده ، ولو كان الولد خاصة هو المعتق ، أثبتُ الولاء لمعتقه وألحقتُ الولد بمستلحقه ، وأخذ الأمَّ إن لم يتهم فيها لدناءتها ورد الثمن ، وإن اتهم فيها لم ترد إليه ، وكذلك الجواب إذا باع الأمة وهي حامل فولدت عند المبتاع فيما ذكرنا .

قيل لابن القاسم في باب آخر : أرأيت من باع صبياً ولد عنده فأعتقه المبتاع ثم استلحقه البائع أتقبل دعواه وينقض البيع فيه والعتق ؟ قال : إن لم يتبين كذب البائع فالقول قوله .

---

(١) أي كمن شهد على عتق عبد فردت شهادته ثم اشترى ذلك العبد بعد ذلك ، فإنه يعتق عليه .

(٢) سقطت من ق و ك و ز . والمثبت من هـ .

(٣) في هـ : ولا توارهم .

(٤) في ط : ما بينه .

(٥) سقطت من ك .

[فيمن باع أمة وولدها وقد ولدته عنده أو عند المبتاع لمثل ما تلد له النساء]

قال غيره[1]: من باع أمة وولدها ، وقد ولدته عنده أو عند المبتاع لمثل ما تلد له النساء ، ولم يطأها المبتاع ولا زوج ، أو باعها وحبس ولدها[2]، أو باع الولد وحبسها ثم استلحق الولد ، والولدُ والأم عند المبتاع أو أحدهما وقد أحدث فيهما أو في أحدهما عتقاً أو تدبيراً أو كتابة ، أو لم يحدث شيئاً ، فذلك كله منتقض ويردان أو أحدهما إلى البائع ، والولد لاحق به والأم أم ولد له ، ويرد هو الثمن .

قال سحنون : فإن كان عديماً فبعض أصحابنا[3] يقول : يتبع بالثمن ديناً ، وقال آخرون[4] ـ وقاله مالك ـ : يرد إليه الولد [خاصة][5] بما ينويه من الثمن للحوق النسب وأنه يرد إلى حرية ولا ترد الأم[6]؛ لأنه يتهم أن يردها إلى المتعة بغير أداء ثمن ، وإذا لم يولد الولد عند بائع ولا مبتاع لما تلحق إلى مثله الأنساب لم أنقض بذلك صفقة مسلم ، أحدث المبتاع في ذلك عتقاً أم لا ؛ لأن النسب لا يلحق أبداً إلا أن تلد الأمة وهي في ملكه أو عند من ابتاعها[7] منه ولم يحز الولد نسباً[8] معروفاً ، أو كانت عنده

---

(١) الغير هنا يريد به أشهب وقوله موافق لقول ابن القاسم . انظر : التقييد (١٣١/٣).

(٢) في هـ : وحبس الولد .

(٣) ومنهم أشهب وابن عبد الحكم . انظر : التقييد (١٣١/٣).

(٤) ومنهم ابن القاسم وعبد الملك وأصبغ ، وهو المعتمد . انظر : التقييد (١٣١/٣).

(٥) سقطت من هـ .

(٦) في ز : ولا ترد إليه الأم .

(٧) في ق و هـ : أو عند من ابتاع منه .

(٨) في ز : نسبته . وفي هـ و ك : ولم يحز الولد نسباً . والمثبت من ق .

زوجة لمثل ما تلحق فيه الأنساب ، ولم يتبين كذبه[1] ، وإلا لم يلحق به أبداً .

[في دعوى الأمة الولادة من سيدها]

[2] وإذا ادعت أمة أنها ولدت من سيدها فأنكر ، لم أحلفه لها ، إلا أن تقيم رجلين على إقرار السيد بالوطء ، وامرأتين على الولادة ، فتصير أم ولد ، ويثبت نسب ولدها إن كان معها ولد ، إلا أن يدعي السيد استبراءً بعد الوطء ، فيكون ذلك له ، وإن أقامت شاهدين على إقرار السيد بالوطء وامرأة على الولادة ، أحلفته[3] .

[في ادعاء اللقيط وتداعي الحملاء]

[4] وإذا ادعى اللقيط ملتقطه أو غيره أنه ابنه لم يلحق به إلا ببينة .

قال مالك : أو يكون لدعواه وجه ، كرجل عرف أنه لا يعيش له ولد ، وزعم أنه رماه ، لأنه يسمع أنه إذا طرحه عاش ونحوه مما يدل على صدقه ، فيلحق به ، وإلا لم يصدق .

وقال غيره[5] : إذا علم أنه لقيط ، لم تثبت فيه دعوى أحد إلا ببينة .

وإن ادعت امرأة لقيطاً أنه ابنها لم تصدق ، وإن ادعاه نصراني وقد التقطه مسلم

---

(١) في ك : ولم يتبين كذبه لحق به ، وإلا لم يلحق به أبداً .

(٢) في ك : قال ابن القاسم .

(٣) في ط : ألحقته .

(٤) في هـ : قال مالك .

(٥) قول الغير هنا ليس في المدونة في باب اللقيط ، وإنما في هذه المسألة قول واحد لمالك وابن القاسم ، وهو ما ذكره عن مالك هنا من أن اللقيط إذا أتى ملتقطه أو غيره ببينة ، أو كان لدعواه وجه يشبه ، أُلحق به وإلا فلا . وهذا هو المشهور ، وإليه أشار خليل بقوله : « ولم يلحق بملتقطه ولا غيره إلا ببينة أو بوجه » . انظر : مختصر خليل (٢٤٢) ، منح الجليل (٨/٢٤٨) .

فإن شهد له مسلمون لحق به وكان على دينه ، إلا أن يسلم قبل ذلك ويعقل الإسلام فيكون مسلماً ، والحملاء[١] إذا أُعتقوا فادعى بعضهم أنهم إخوة بعض أو عصبتهم[٢] ، قال مالك : أما الذين سبوا ـ أهل[٣] البيت ، والنفر اليسير يتحملون إلى الإسلام فيسلمون ـ فلا يتوارثون بقولهم ، ولا تقبل شهادة بعضهم لبعض ، إلا أن يشهد من كان ببلدهم من المسلمين ، وأما إن تحمّل أهل حصن أو عدد كثير فأسلموا ، فإنه تقبل شهادة بعضهم لبعض ، ويتوارثون بذلك ، وقضى عمر وعثمان ـ رضي الله عنهما ـ[٤] أن لا يتوارث أحد من الأعاجم إلا من ولد في العرب[٥].

[في وطء الشريكين للأمة بينهما]

ابن القاسم : وإذا كانت الأمة بين رجلين [حرين][٦] أو عبدين ، أو أحدهما عبد أو ذمي والآخر مسلم ، فوطئاها في طهر واحد فأتت بولد فادعياه ، دُعي [له][٧] القافة ، فمن ألحقوه به كان ينسب[٨] إليه ، وإن أشركوهما فيه والى إذا كبر أيهما شاء ، فإن والى الذمي لحق به ، ولم يكن الولد إلا مسلماً[٩] ،

---

(١) الحملاء هم الذين يَجْلُون وينتقلون من بلاد الكفر إلى بلاد الإسلام . انظر : التقييد (٣/١٣٢).

(٢) في هـ : عصبة .

(٣) في هـ و ك : أُسروا كأهل . وفي ز : سبوا كأهل . والمثبت من ق ، وهو الموافق للفظ المدونة .

(٤) انظر : الموطأ ، كتاب الفرائض ، باب ميراث أهل الملل (٢/٥٢٠).

(٥) في ز : في الإسلام .

(٦) سقطت من ق .

(٧) سقطت من ق .

(٨) في ق : كان نسله . وفي هـ : كان نسلاً له . والمثبت من ز .

(٩) في ز : ولم يكن الولد مسلما .

وإن مات الولد قبل الموالات عن مال فهو بين[1] الأبوين نصفين ، ولو وطئها أحدهما في طهر والآخر في طهر بعده ، فأتت بولد ، فهو للآخر إن وضعته لستة أشهر من مسيسه[2] ، وعليه لشريكه إن كان ملياً نصف قيمتها فقط يوم الوطء ، أو يوم الحمل ، كيف شاء[3] شريكه ، ولا صداق عليه ولا قيمة ولد[4] في ملائه ، وإن كان عديماً أتبع بنصف قيمة الأمة[5] مع نصف قيمة الولد ، وبيع عليه نصفها في ذلك ، فإن كان ثمنه كفافاً لنصف قيمتها أتبعه بنصف قيمة الولد ، وإن كان أنقص أتبعه بما نقص مع نصف قيمة الولد ، والولد حر لاحق النسب لا يباع منه شيء .

[في وطء المتبايعين والمطلقة تتزوج قبل حيضة أو بعدها]

قال مالك : ومن وطئ أمته ثم باعها ، فوطئها المبتاع في ذلك الطهر ، فأتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم البيع فهو للبائع ، وهي أم ولد له ، وإن وضعته لستة أشهر فأكثر من يوم البيع فادعياه دُعي له القافة فيكون ابناً لمن ألحقته القافة [به][6] ، والأمة أم ولد له ، وإن أشركوهما فيه والى إذا كَبُرَ أيهما شاء .

قال يحيى بن سعيد : ولو أسقطت عتقت عليهما وقضي بالثمن عليهما ، وجلدا

(١) في هـ : كان أبين .

(٢) في ز : لستة أشهر فأكثر من يوم مسيسه .

(٣) في ز : كان .

(٤) في ز : الولد .

(٥) في ق : الأم .

(٦) سقطت من ق .

خمسين خمسين[1] ، وكذلك لو ماتت قبل أن تضع فمصيبتها منهما .

قال ابن القاسم : وإن كان المشتري إنما وطئها بعد أن استبرأها بحيضة لحق الولد بالمبتاع إن ولدته لستة أشهر فصاعداً من يوم وطئ ، وإن ولدته لأقل من ذلك لم يلحق بالمبتاع وإن ادعاه ، لأنه قد بان كذبه ، ولا يحد ، ولحق بالبائع إلا أن يدعي استبراء . وإنما القافة في الأمة توطأ بالملك على ما ذكرنا ولا قافة في الحرائر ، فإذا تزوجت المطلقة قبل حيضة فأتت بولد لحق بالأول ؛ لأن الولد للفراش ، والثاني لا فراش له إلا فراش[2] فاسد ، وإن تزوجت بعد حيضة ودخل بها ، لحق الولد بالآخر إن وضعته[3] لستة أشهر فأكثر .

قال مالك : وإنما ألاط[4] عمر - رضي الله عنه - في الحرائر بالقافة أولاد الجاهلية بآبائهم من الزنا ، واحتج بذلك[5] مالك في توأمي[6] المستحمَلَة[7] أنهما يتوارثان من قبل الأم والأب . قيل لابن القاسم : فلو أسلم قوم من الحربيين أتليط بهم أولادهم من الزنا بالقافة ؟ قال : لم أسمع من مالك فيه شيئاً ، ولكن وجه ما جاء عن عمر أن

(١) قال في التقييد : قول يحيى بن سعيد وفاق إلا في تحديد الأدب وتعيينه ، وأما في أصل الأدب فليس بخلاف . انظر : التقييد (٣/١٣٤).

(٢) في ط : لأنه فراش .

(٣) في ق : إن وضعت .

(٤) ألاط : ألحق وألصق . انظر : التقييد (٣/١٣٤)، القاموس (٦٨٥) .

(٥) في ق : به .

(٦) في ز : توأم المتحملة . وفي ق : في توأمي المحتملة .

(٧) في ق : المحتملة . وكذلك في التقييد ، وفي هـ و ك : المتحملة . والمثبت من ط ، والمراد بالمستحملة كما في المدونة : المرأة التي تأتي من العدو فتسلم . انظر : المدونة (٣/٣٣٩) .

لو أسلم أهل دار من أهل الحرب كان ينبغي أن يصنع بهم ذلك ؛ لأن عمر - رضي الله عنه - قد فعله[1] وهو رأيي .

[في أحد الشريكين يطأ الأمة فتحمل أولاً ، وكيف لو كان معدماً]

[قال مالك :][2] وإذا وطئ أحد الشريكين أمة بينهما فلم تحمل ، فشريكه مخير في التماسك بنصيبه أو اتباع الواطئ بنصف قيمتها يوم وطئها ، وإنما قومت عليه يوم الوطء ؛ لأنه كان ضامناً لها لو ماتت بعد وطئه ، حملت أو لم تحمل [ولا حد على الواطئ][3] ولا عقوبة[4] عليه ، ويؤدب إن لم يعذر بجهل ، وإن حملت قُوِّمت على الواطئ يوم الوطء إن كان مليئاً ، ولا تماسك لشريكه ، ويلحق الولد بالواطئ ، وهي به أم ولد له .

قال ابن القاسم : فإن كان الواطئ عديماً فقد بلغني أن مالكاً قال قديماً : تكون له أم ولد ، ويتبع بنصف قيمتها ، ولا قيمة عليه في الولد ، وآخر قوله - وبه آخذ -[5]

---

(١) رواه مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام ، فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة ، فدعا عمر بن الخطاب قائفاً . . . الحديث . انظر : الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء بإلحاق الولد لأبيه (٢/٧٤٠) .

(٢) سقطت من ز و ق .

(٣) سقطت من ق .

(٤) في هـ و ك : ولا عقر .

(٥) وهو القول المشهور في المذهب ، وقد أورد صاحب المختصر القولين بصيغة التخيير بينهما ، حيث قال : « وإن وطئ شريك فحملت غَرم نصيب الآخر ، فإن أعسر خير في اتباعه بالقيمة يوم الوطء أو بيعها لذلك ، وأتبعه بما بقي وبنصف قيمة الولد » . وقد شهر بعض المالكية قول مالك =

أن يقوَّم عليه نصفها ، و[1] يباع نصفها فيما يلزمه من نصف قيمتها فما نقص عن ذلك أتبعه به مع نصف قيمة الولد ، ولا يباع من الولد شيء ، وهو حر ثابت النسب .

قال ابن القاسم : ويعتق عليه هذا النصف الذي بقي في يديه ؛ إذ لا متعة له فيه ، وقد قال مالك فيمن أولد أمته ثم ألفاها أخته من الرضاعة[2]: إن الولد لاحق به ويُدرأ عنه الحد وتعتق عليه ؛ لأن وطأها قد حرم عليه ولا خدمة له فيها .

وقال غيره[3]: الشريك في عدم الواطئ مخير بين أن يتماسك بنصيبه ويتبع الواطئ بنصف قيمة الولد ديناً ، أو يضمنه ويتبعه في ذمته ، وليس هو كعديم أعتق حصته من عبد فأراد الشريك أن يضمنه ، فليس ذلك عليه ؛ لأنه إنما أعتق نصيبه فقط وفي الوطء وطئ حصته وحصة شريكه ، فإن تماسك بنصيبه ولم يتبع الواطئ بقي نصيب الواطئ بحال أم الولد ولا يعتق عليه ، إذ لعله يملك باقيها فيحل له وطؤها ، إلا أن يعتق المتمسك بالرق نصيبه فيعتق على الواطئ نصيبه ؛ إذ لا يطؤها بملك أبداً ، وإذا تماسك الشريك [بنصيبه][4] وترك تضمين الواطئ لعدمه ، ثم أراد التقويم عليه بعد يسره أو شاء ذلك الواطئ فأباه المتمسك ، لم يلزم الآبي

= المرجوع إليه ، وبعضهم شهر قول أشهب . انظر للتفصيل في المسألة : منح الجليل (٤٨٨/٩)، مختصر خليل (٢٨٥) .

(١) في ق : أو .

(٢) في ق : أخت رضاعة .

(٣) الغير هنا يريد به أشهب ، كما جاء في بعض النسخ ، وكما في التقييد (١٣٥/٣) .

(٤) سقطت من هـ .

منهما ، ولو طاعا بذلك لم تكن للواطئ كلها بمحل[1] أم ولد ، للرق الذي بقي فيها[2] إلا أن يولدها ثانية .

قال سحنون : والاختلاف بين أصحابنا في هذه المسألة كثير ، وهذا أحسن ما سمعت من ذلك[3] .

[فيمن ادعى ولد أمة لشريكه أو لأجنبي ، وهل يطأ ابنته من الزنا]

قال ابن القاسم : وإذا أتت [أمة][4] بين رجلين بولد ، فادعاه أحدهما ، لزمه نصف قيمتها يوم الحمل ، وليس عليه نصف صداق ، وإن أقر أنه زنى بأمة لغيره فأتت بولد منه ، لم يلحق به وحُدّ ، وإن ابتاعها لم يلحق به الولد ، ولا يعتق عليه ، وإن كان الولد جارية ، لم يحل له وطؤها ابداً .

[فيمن أخدم أمته لرجل ثم وطئها]

ومن أخدم أمته سنين ثم وطئها السيد فحملت ، فإن كان مليئاً كانت له أم ولد ، وأخذ منه[5] مكانها أمة تخدم في مثل خدمتها ، فإن ماتت هذه والأولى حية فلا شيء

---

(١) في ز : بحال .

(٢) في ز : الذي يرد بها .

(٣) قال الزرويلي : الإشارة هنا يحتمل أن تعود لجميع ما تقدم من الأقوال ، ويحتمل أن تعود للقول الأخير الذي هو قول أشهب ، وهو الظاهر ؛ لأنه هو مذهبه ، أي هو مذهب سحنون .
قلت : وظاهر لفظ المدونة يدل على أن الإشارة تعود إلى جميع الأقوال ، ففيها : « قال سحنون : وهذه مسألة كثر الاختلاف فيها من أصحابنا ، وهذا أحسن ما علمت من اختلافهم » . انظر : المدونة (٣/٣٤٦)، التقييد (٣/١٣٥).

(٤) سقطت من ق .

(٥) أي : المُخدَم ـ بالفتح ـ أخذ من السيد .

عليه ، وقيل[1] : تؤخذ منه قيمتها فيؤاجر منها خدام ، فإن ماتت الأولى وانقضت السنون وقد بقي من القيمة شيء أخذه السيد ، وإن نفدت القيمة والأولى حية ولم تنقض المدة ، فلا شيء عليه .

* * *

* *

*

(١) القولان لابن القاسم ، وقد قال سحنون عن القول الأول : وهو أحب قوله إليّ . انظر : المدونة (٣/٣٤٦) .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الولاء والمواريث[1] ﴾

[في ولاء العبد يعتقه الرجل عن غير مال ، أو على مال يأخذه]

قال مالك : ومن أعتق عبداً عن رجل حي أو ميت ، بأمره أو بغير أمره ، فالولاء للمعتق عنه وميراثه له ؛ لأن من أعتق سائبة لله فولاؤهم[2] للمسلمين وعليهم العقل ولهم الميراث[3] ، ومعنى السائبة كأنه أعتق عن المسلمين[4] .

---

(١) عَطَفَ المواريث هنا على الولاء ، فهل أراد الولاء ومواريثه أم أراد المواريث بمعنى الفرائض ؟ ويُبْعِدُ الاحتمال الثاني ما قاله الزرويلي من أنه ليس في الكتاب من المواريث إلا مسألة الغراء .

والولاء من الولاية بمعنى القرب ، والمولى يقال للعاصب والحليف والقائم بالأمر والنافع والمحب ، والمراد بالولاية هنا : ولاية الأنعام بالعتق . وقد ورد في الحديث الذي رواه ابن حبان في صحيحه وأبو يعلى في مسنده : « الولاء لحمة كلحمة النسب ، لا يباع ولا يوهب » قال الآبي : هذا الحديث تعريف لحقيقته (الولاء) شرعاً ، فلا يمكن حده بما هو أتم منه ، وقوله لحمة أي : تعلق واتصال وارتباط . انظر : التقييد (١٣٦/٣)، منح الجليل (٤٩٣/٩)، جواهر الإكليل (٣١٤/٢).

(٢) في ز : فولاؤها للمسلمين .

(٣) وردت هنا زيادة في ط ، وهي : وقد أعتق جماعة من الصحابة سوائب فلم يورثهم ، وكان ميراثهم للمسلمين .

(٤) وهو من قول الرجل لعبده : أنت سائبة ، يريد به إعتاقه ، فيعتق ويكون ولاؤه للمسلمين ، وقد كره ابن القاسم وغيره العتق بهذا اللفظ ؛ لأنه من ألفاظ الجاهلية التي جاء ذمها في قوله تعالى : ﴿ ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ﴾ سورة المائدة ، الآية (١٠٣) . انظر : التقييد (١٣٦/٣)، منح الجليل (٤٩٦/٩).

وإن أعتقت عبدك عن عبد رجل فالولاء للرجل ، ولا يجره عبده إن عتق كعبد أعتق عبده بإذن سيده ثم أعتقه سيده بعد ذلك ، أنه لا يجره الولاء .

وقال أشهب[1]: يرجع إليه الولاء[2]؛ لأنه يوم عقد عتقه ، لا إذن للسيد فيه ولا رد .

ومن جعل لرجل مالاً نقداً أو مؤجلاً على تعجيل عتق عبده أو تعجيل عتق مدبره ، ففعل ، جاز ولزمه المال ، والولاء للذي أعتق وأخذ المال ، وإن كان عتق العبد إلى أجل والمال حال ، أو إلى أجل ، فلا خير فيه[3]، كمن أخذ مالاً[4] على تدبير عبده أو كتابته ، [فذلك لا يجوز][5]؛ لأنه غرر .

ومن أعتق عبده عن امرأة للعبد حرة[6]، فولاؤه لها بالسُنَّة[7]، ولا يفسخ النكاح ؛ لأنها لم تملكه ، ولو دفعت الحرة مالاً لسيد زوجها على أن أعتقه عنها فسخ النكاح ، وذلك شراء لرقبته وولاؤه لها .

---

(١) والمشهور قول ابن القاسم . انظر : منح الجليل (٤٩٥/٩) .

(٢) في هـ : يرجع الولاء إلى العبد .

(٣) لا خير فيه بمعنى الحرمة ، كما يدل عليه التعليل بالغرر وقياسه على ما لا يجوز ، وكما تقدم معنا أن لا خير فيه في المدونة لا تأتي إلا للتحريم . انظر : التقييد (١٣٧/٣) .

(٤) في هـ : كمن أخذ من رجل مالاً .

(٥) سقطت من ز و ق و ك . والمثبت من هـ .

(٦) أي زوجة للعبد المعتق .

(٧) في المدونة : بالسنة والآثار ، وهي إشارة إلى الأحاديث الواردة في أن من أعتق عبداً عن غيره يكون ولاء ذلك العبد للمعتق عنه ـ كما في الآثار الواردة في السائبة ونحوها . انظر : مصنف عبد الرزاق (٢٥/٩ومابعدها) كتاب الولاء ، باب ميراث السائبة .

وقال أشهب : لا يفسد النكاح ؛ لأنها لم تملكه[1].

[2] ومن أعتق عبداً عن أبيه أو أخيه المسلم ، فالولاء للمعتق عنه ، وإن أعتق عبداً مسلماً عن أبيه النصراني ، فلا ولاء له ، وولاؤه للمسلمين[3] ، ولو كان العبد نصرانياً كان ولاؤه لأبيه .

[في ولاء من أعتقه النصراني من عبد مسلم أو نصراني]

وإذا أعتق النصراني عبداً له نصرانياً وأسلم المعتق وللسيد ورثة أحرار مسلمون رجال ، مثل : أب ، أو أخ ، أو ابن عم ، أو ابن ابن ، فولاء العبد وميراثه إن مات لورثة سيده المسلمين دون السيد وإن كان حياً ؛ لأن الولاء كان للسيد ؛ إذ كان نصرانياً فلما أسلم العبد لم يرثه لاختلاف الدينين ، ولا يحجب السيد ورثته ؛ لأن كل من لا يرث فلا يحجب . ألا ترى أنه لو مات لهذا النصراني ولد مسلم أن عصبة النصراني المسلمين يرثون الولد ، قال : فإن أسلم السيد رجع إليه ولاء هؤلاء .

ولو أعتق نصراني من بني تغلب[4] أو غيرها من العرب عبيداً له نصارى ،

---

(١) قال سحنون : وقول أشهب أحسن . وقال ابن المواز : هو كما لو سألته عتقه عنها لغير شيء أعطته . وقد تقدمت هذه المسألة في كتاب النكاح . انظر : المدونة (٣/٣٥٠)، التقييد (٣/١٣٧).

(٢) في هـ : قال مالك .

(٣) وردت هنا زيادة في هـ ، وهي : ولا يرجع إلى من أسلم منهما .

(٤) تقدم في الجزء الأول في كتاب الزكاة الأول أن بني تغلب حي من وائل بن ربيعة من القبائل العدنانية ، وكانت تغلب عليهم النصرانية لمجاورتهم للروم . انظر الجزء الأول من هذا الكتاب (ص ٤٣٠).

ثم أسلموا وهلكوا عن مال ، فميراثهم وولاؤهم لعصبة سيدهم إن كانوا مسلمين يعرفون ، وما جنى العبيد بعد إسلامهم ، فعقلهم على بني تغلب .

وأما إن أعتق نصراني من العرب أو [من][1] غيرهم عبيداً له قد أسلموا ، أو ابتاع مسلماً فأعتقه ، فولاء العبيد وميراثهم لجميع المسلمين دون السيد ودون ورثته المسلمين ، ولو أسلم السيد بعد ذلك ، لم يرجع ولاؤهم إليه[2].

وإذا أعتق النصراني عبداً له نصرانياً إلى أجل أو كاتبه ، ثم أسلم العبد قبل الأجل بيعت الكتابة[3] وآجرنا المؤجل ، فإذا حل الأجل وأدى المكاتب كتابته عتق وكان ولاؤه للمسلمين ، إلا أن يسلم السيد فيرجع إليه الولاء ؛ لأنه عقد له العتق والعبد على دينه ، فلا ينظر إلى يوم تمام حريته[4]، وإن كان العبد يوم عقد له العتق مسلماً ، فأعتقه بتلاً أو إلى أجل ، أو كاتبه ثم أسلم السيد قبل الأجل ، أو قبل أداء الكتابة ، أو بعد ذلك ، فإن ولاء العبد إذا أعتق لجميع المسلمين دون السيد .

وإن أسلمت أم ولد الذمي فعتقت[5] عليه ، كان ولاؤها للمسلمين ، فإن أسلم

---

(١) سقطت من ز ، وفي ك : من العرب أم لا .

(٢) في ك : لم يرجع إليه ولاؤهم بعد ذلك .

(٣) في هـ : بيعت كتابته .

(٤) في النسخ التي بين أيدينا : إلى يوم تمام حرمته . وفي نسخة الزرويلي التي عليها شرحه : إلى يوم تمام حريته . ولعل المراد بحرمته أي : حريته ؛ لأنه بحريته يحرم استرقاقه . وقد أثبتنا ما في نسخة الزرويلي لأنه أوضح وموافق لمعنى ما في المدونة .

(٥) في هـ : فأعتقت عليه .

سيدها بعد ذلك رجع ولاؤها إليه وقد تقدم في كتاب التدبير ذكر مدبر الذمي يسلم[(١)].

[في المكاتب والعبد يعتقان أو يدبران بغير إذن سيدهما أو بإذنه ، ومرجعية الولاء في ذلك]

ولا يجوز عتق المكاتب ولا العبد بغير إذن سيده ، فإن أعتق أو دبر أو تصدق [بغير إذنه][(٢)] فللسيد رد ذلك ، فإن رده بطل ولم يلزم العبد ولا المكاتب إن عتقا ، وإن لم يعلم بذلك السيد حتى عتقا ، مضى ذلك وكان الولاء لهما ، إلا أن يكون السيد قد استثنى مال عبده حين أعتقه ، فيرد فعل العبد ويكون من أعتق [متقدماً][(٣)] بغير إذنه رقاً[(٤)] للسيد ، ومن أعتق بإذن السيد جاز ، والولاء للسيد إلا أن يعتق المكاتب فيرجع إليه الولاء ؛ إذ ليس للسيد انتزاع ماله ، وأما العبد فلا يرجع إليه الولاء وإن أعتق .

وعتق أم الولد لعبدها على ما وصفنا في عتق العبد لعبده[(٥)].

[في المسلم يكاتب عبده النصراني فيكاتب المكاتب عبداً له نصرانياً ثم يسلم الأسفل]

وإذا كاتب المسلم عبده النصراني ، فكاتب المكاتب عبداً [له][(٦)] نصرانياً ،

---

(١) انظر ص ٥٤٦ من هذا الجزء .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) سقطت من ق .

(٤) في هـ و ك : بغير إذن السيد رقاً . وفي ز : ويكون ما أعتق بغير إذن سيده رقاً .

(٥) في ز : لغيره .

(٦) سقطت من هـ .

ثم أسلم الأسفل ، فلم تُبَع كتابته وجُهل ذلك حتى أديا جميعاً وعتقا ، فولاء المكاتب الأعلى لسيده ، ولا يرثه لاختلاف الدينين ويرثه المسلمون ، ولو أسلم كان ميراثه للسيد ، وولاء المكاتب الأسفل للسيد الأعلى ما دام سيده نصرانياً . ولو ولد للمكاتب الأعلى بعد العتق ولد فبلغ وأسلم ثم مات ، [فولاؤه][1] لورثة موالي أبيه ، فأما إن أعتق عبيداً [له][2] مسلمين ثم ماتوا عن مال ، فميراثهم لبيت المال لا للسيد ، إذ لم يثبت له ولاؤهم فيجره إلى السيد ، ولو كان العبيد إنما أسلموا بعد أن عتقوا لورثهم سيدهم ، أو ولده المسلمون إن كانوا لهذا المكاتب النصراني ، وكل من لا يرجع إلى النصراني من ولائه شيء إذا أسلم هو ، فليس [لسيده][3] من ذلك الولاء شيء ، وكل ولاء إذا أسلم النصراني يرجع إليه ، فذلك الولاء مادام نصرانياً لسيده الذي أعتقه .

[فيمن أعتق أمة حاملاً من زوج حر ، وفي عبد تزوج أمة بغير إذن سيدها]

ومن أعتق أمة له حاملاً من زوج حر ، فولاء ما في بطنها للسيد ، قال عطاء بن أبي رباح[4]: وميراثه لأبيه .

قال يحيى بن سعيد في عبد تزوج أمة بغير إذن سيده فأولدها فعتق الولد قبل أبويه ثم عتقا ، فهما يرثانه ما بقيا ، فإن ماتا فولاء الولد لمن أعتقه ، ولا يجر الوالد ولاء ولده إلى سيده .

---

(١) سقطت من هـ و ز .

(٢) سقطت من هـ و ز و ك .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) قول عطاء هنا تفسير وتتميم ، وهو وفاق وليس بخلاف . انظر : التقييد (١٣٩/٣) .

[في ولاء من أسلم أو أعتق من أهل الحرب ، وولاء من نقض العهد من مُعْتِقٍ أو مُعْتَقٍ ثم غنمناه]

قال مالك : وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو أسلم بعد خروجه ، فهو حر وولاؤه للمسلمين ، ثم إن أسلم سيده بعده وقدم [إلينا][1] ، لم يرده[2] في الرق ولم يرجع إليه ولاؤه ؛ لأنه قد ثبت للمسلمين ، [فأما][3] إن أعتقه ببلد الحرب ، ثم أسلم العبد وخرج إلينا ، ثم خرج سيده بعد ذلك فأسلم ، رجع ولاؤه إليه إن ثبت عتقه إياه ببينة مسلمين[4] من أسارى أو تجار أو أهل حصن يسلمون .

قال ابن القاسم : وإن قدمت إلينا حربية بأمان فأسلمت فولاؤها للمسلمين ، فإن سبي أبوها بعد ذلك فعتق وأسلم ، جر ولاءها لمعتقه إذ لم يملك ولاءها أحد برق تقدم فيها أو في أبيها .

وقال سحنون : لا يجر الأب ولاءها ؛ لأنه قد ثبت للمسلمين[5] .

قال ابن القاسم : وإذا أعتق الذمي عبيداً له نصارى ثم أسلموا ، ثم لحق السيد بأرض الحرب ناقضاً للعهد فسبي ثم أسلم ، رجع إليه ولاؤهم ، ولا يرثهم لما فيه من

---

(١) سقطت من ز و ق و ك .

(٢) في ق : لم يرد .

(٣) سقطت من ق .

(٤) في هـ : من المسلمين . وفي ز : ببلد مسلمين .

(٥) قول سحنون هنا ليس صريحاً في المدونة في هذه المسألة ، وإنما يفهم من مراجعته لابن القاسم في حكمها واستشكاله له ، وقد كانت إجابات ابن القاسم له مقنعة وتعليله قوي . انظر المسألة في المدونة (٣٦٣/٣) .

الرق ، فيكون ميراثهم للمسلمين إلا أن يعتق ، ولا يرثهم سيده الذي استرقه مادام[١] هو في الرق ، ولا يشبه هذا المكاتب الأسفل يؤدي قبل الأعلى ثم يموت عن مال ، هذا يرثه السيد الأعلى ؛ لأنه قد أعتقه مكاتب هو في ملكه بعد ، وهذا قد أعتق هؤلاء وهو حر قبل أن يملكه هذا السيد[٢] ، فإن أُعتق كان ولاؤهم له ، ولا يجرهم[٣] إلى معتقه الآن ، وإنما يجر إليه ولاء ما يعتق أو يولد له من ذي قبل ، فأمّا ما تقدم له من عتق أو ولد فأسلموا قبل أن يوسر فلا يجر ولاءهم إلى معتقه ؛ لأن ولاءهم قد ثبت للمسلمين ، ولو صار هذا النصراني حين سبي في سهم عبده هذا المسلم الذي كان أعتق[٤] فأعتقه بعد أن صار في سهمه ثم أسلم هو أيضاً فولاء كل واحد منهما وميراثه لصاحبه .

وإن أعتق مسلم نصرانياً ثم لحق النصراني بدار الحرب ناقضاً للعهد فهو فيء ، فإن عتق فولاؤه لمعتقه أخيراً ، فإن كان قبل أن يلحق بدار الحرب قد أعتق عبيداً له نصارى أو تزوج نصرانية حرة فولدت منه أولاداً ثم أسلموا ، كان ولاؤهم لمولاه الأول ؛ لأن ذلك قد ثبت له ، ويكون ولاؤه هو وولاء من يولد له أو يعتق من الآن لمولاه الثاني ، ولا يجر إليه ما كان من ذلك قبل الرق الثاني ، وإنما يجر مثل[٥] هذا العبد يتزوج حرة فيولدها والأملاك تتداوله حتى يعتق ، فيجر ولاء كل ولد له منها إلى معتقه .

---

(١) سيدهم الذي مادام . وفي ز : سيدهم الذي استرقهم مادام .

(٢) في ق : من السيد .

(٣) في هـ : ولا يجره .

(٤) في ق : أعتقه .

(٥) في ك : في مثل .

[في ولاء العبد يشتريه من يقـر بعتقـه أو يدفـع مـالاً علـى عتقـه ، وولاء ولـد المدبرة والمكاتبة]

ومن شهد على رجل أنه أعتـق عبـده ، فـردت شهادتـه ثم ابتاعـه منـه ، أو شـهد على أبيه بعد موته أنه أعتق عبده ، فردت شهادتـه ثم ابتاعـه منـه ، أو شـهد علـى أبيـه بعد موته أنـه أعتـق عبـداً لـه في وصيتـه ثم ورثـه عنـه بأسـره ، أو أقـر بعـد أن اشـترى عبداً[1] أنه حر ، أو أن البائع أعتقه والبائع منكر ، أو قـال : كنـت بعـت عبـدي هـذا من فلان فأعتقه ، وفلان يجحد ذلـك[2] ، فـالعبد في ذلـك كلـه حـر بالقضـاء ، وولاؤه لمن زعم هذا أنه أعتقه .

ومن اشترى أمة ثم أقر أنها أم ولـد لبائعـها ، فذلـك يلزمـه ولا سـبيل لـه عليـها ، إلا أنـي لا أعجـل عتقـها حـتى يمـوت البـائع ؛ إذ لعـل البـائع يقـر بذلـك ، فتعـود[3] أم ولد له .

وإذا أعتق المكاتب عبده على مال ، فإن كان المال للعبد لم يجـز ؛ لأنـه قـادر علـى انتزاعه ، وإن لم يكن له ، جاز على وجه النظر ؛ لأن له أن يكـاتب عبـده علـى وجـه النظر وإن كره سيده ، فإن أدى كتابتـه كـان لـه ولاء مكاتبـه ، وإن عجـز كـان ولاء مكاتبه لسيده .

ومن قال لمكاتب أو لعبد مأذون له في التجارة : أعتق عبدك هذا عـني ولـك ألـف

---

(١) في ز : عبداً له .

(٢) في هـ : ذلك كله .

(٣) في ق : فتكون .

درهم ، ففعل ، جاز له ذلك ؛ لأنه بيع ، وبيعهما[1] جائز ، وإن قال للمكاتب[2]: أعتقه على ألف درهم ، ولم يقل : عني ، [فالعتق جائز][3] إذا كانت الألف ثمناً للعبد أو أكثر من ثمنه ، والولاء للمكاتب إن عتق ، وإن عجز فالولاء لسيده ، ولا شيء للذي أعطى الألف من الولاء ، وتلزمه الألف الدرهم ، كمن قال لرجل : أعتق عبدك على ألف درهم ، ولم يقل : عني ، فأعتقه ، لزمته الألف ، والولاء للذي أعتق .

وما ولد للمدبرة أو المكاتبة من زوج حر أو مكاتب لغير سيدها ، فإن ولدها منه بمنزلتها في الرق والعتق ، وولاؤهم لسيدها دون سيد الأب ، وكذلك لو وضعته المكاتبة بعد الأداء ، إذ مسه الرق في بطنها ، ألا ترى أن من أعتق أمته وهي حامل من زوج عبد فولدت بعد العتق أن ولدها حر ، وولاؤه لسيد الأمة ، ولا يجر الأب ولاءه .

وإذا مات مكاتب وترك ولداً من زوجة حرة وولداً حدثوا له[4] في الكتابة من أمته وترك وفاءً بالكتابة[5] ، أو لم يترك شيئاً فأدى عنه ولده الذين[6] في الكتابة ، لم يجر السيد ولاء ولده من الحرة في الوجهين ؛ لأنه مات قبل تمام حريته ، ولا يجر إلى السيد الولد الذين في الكتابة ، ولا إخوتهم .

---

(١) في ق و ز : وبيعها .

(٢) في ق : المكاتب .

(٣) سقطت من ز . وفي هـ : ولم يقل عني جاز .

(٤) في هـ : وولد آخر توالد .

(٥) في هـ : بكتابته .

(٦) في هـ : الذي .

ولـو كـان للمكـاتب الميـت مكـاتب فـأدى الأسـفل ، كـان ولاؤه للولـد الذيـن [معه][1] في الكتابة دون ولد الحـرة كفـاضل مالـه ، ولـو لم يمـت الأعلـى حـتى أدى الأسفل ، ثم أدى [الأعلى][2] ، رجع إليه ولاء الأسفل دون سيده .

[في ولاء من أسلم من أهل الذمة أو كافر يعتقه مسلم]

ومن أسـلم مـن الذميـين[3] فعقلـهم وجرائـر مواليـهم علـى بيـت المـال ، ويرثـهم المسلمون إن لم يكن لهم ورثة مسلمون يعرفون ، وكذلك من أسلم من الأعاجم والبربر والسودان والقبط ، ولا موالي لهم فعقلهم على المسلمين ، وميراثهم لهـم وليس إسـلام الرجل على يد الرجل بالذي يجر ولاءه .

قال مالك : ولا يـرث أحـد أحـداً إلا بنسـب قرابـة أو بـولاء عتاقـة [أو بعصمـة نكاح][4] .

[فيمن أوصي له بمن يعتق عليه]

ومن أوصي له بمن يعتق عليه إذا ملكه والثلث يحمله ، عتق عليـه قبلـه أم لا ، ولـه ولاؤه ، ويبدّى على الوصايا . قال أشـهب[5] : وهـو مضـار في تـرك قبـول الوصيـة إذا كان الثلث يحمله ، ولا يلزمه تقويم . قال مالك : فإن لم يسـع الثلـث إلا بعضـه ، فـإن

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) في ق : الحربيين .

(٤) سقطت من ق و ز .

(٥) قول أشهب هنا تتميم وتعليل لقول مالك ، وليس بخلاف . انظر : التقييد (١٤١/٣) .

قبله ، قُوِّم عليه بقيته ، وعتق وكان الولاء له ، وإن لم يقبله فروي عن مالك[١] أن الوصية تسقط ، وكذلك إن أوصي له ببعضه والثلث يحمله ، فإن قبله بدّي به وقوّم عليه باقيه ، وكان له الولاء ، وإن أوصى المولى عليه بمن يعتق عليه فلم يحمله الثلث فقبله وليه لم يعتق منه إلا ما حمل الثلث ، ولا يقوم عليه باقيه ، وليس للوصي[٢] ألا يقبله . وهذا في كتاب العتق مستوعب[٣] .

وإذا أعتق المسلم نصرانياً فله ولاؤه ولا يعقل عنه ما جنى ، لا هو ولا قومه ، ولا يرثه ؛ لاختلاف الدينين ، ويعقل عنه المسلمون ، وهم يرثونه إن لم تكن له قرابة على دينه ، ولا جزية عليه ، ولو قتله أحد كان عقله للمسلمين ، وقال نافع[٤]: لا يرث مسلم كافراً إلا الرجل عبده أو مكاتبه .

[في ولاء من أعتقه قرشي وقيسي أو مسلم وذمي]

[قال ابن القاسم :][٥] وإذا أعتق قرشي وقيسي عبداً بينهما [معاً][٦]، فجريرته

---

(١) الراوي عنه لذلك هو علي بن زياد ـ كما في المدونة ـ وقوله « وكذلك » هذا من كلام ابن القاسم . انظر : المدونة (٣/٣٦٦) .

(٢) في ز وق : للموصي . والمثبت من ز و هـ و ط ، وهو الموافق لما في المدونة .

(٣) وقد تقدم كتاب العتق في هذا الجزء .

(٤) في ق و ك و ز و هـ : قال ابن نافع . والمثبت من ط ، وهو الموافق لما في المدونة ، ففيها : قال أشهب : ألا ترى أن ابن عمر ذكر عنه يحيى بن أيوب عن موسى بن عقبة عن نافع أنه قال : لا يرث مسلم كافراً ، إلا الرجل عبده أو مكاتبه . فالأثر من كلام ابن عمر ـ كما ترى ـ وقد رواه عنه مولاه نافع . انظر : المدونة (٣/٣٦٧) .

(٥) سقطت من ق و ز و هـ .

(٦) سقطت من هـ .

على قريش وقيس ، وتكتب شهادته : فلان مولى فلان القرشي وفلان القيسي ، وإذا كان عبد مسلم بين ذمي ومسلم قرشي[1] فأعتقاه معاً ، فولاء حصة الذمي للمسلمين ، ولو كان العبد نصرانياً فأعتقاه معاً ثم جنى جناية كان نصفها على بيت المال لا على المسلم ؛ لأنه لا يرثه ، ونصفها على أهل خراج الذمي الذي يؤدون معه . ولو أسلم العبد بعد العتق ثم جنى [جناية][2]، كانت حصة الذمي على المسلمين دون أهل خراج الذمي[3]؛ لأنهم وارثوا حصته ، والنصف على قوم القرشي ؛ لأنه صار وارثاً لحصته منه ، وإن أسلم الذمي رجع إليه ولاء حصته منه ، ثم يكون ما جنى بعد ذلك خطأ نصفه في بيت المال ونصفه على قوم القرشي .

[في ولاء اللقيط والنفقة عليه ، ولاء من يُعتق من الزكاة]

واللقيط حر وولاؤه للمسلمين لا لمن التقطه ، وليس له أن يوالي من شاء ، والمسلمون يعقلون عنه ما جنى ، ويرثونه ، ومن أنفق عليه ، فلا يرجع عليه بشيء ؛ لأن ذلك على معنى الحسبة ، إلا أن يكون له مال وُهب له[4]، فليرجع عليه بما أنفق في ماله .

وتفسير قول الله عز وجل : ﴿ وفي الرقاب ﴾[5] هي الرقبة تعتق من الزكاة ،

---

(١) في ق : وإذا كان عبداً مسلماً بين ذمي وقرشي .

(٢) سقطت من هـ و ق .

(٣) في هـ و ز : على المسلمين دونهم .

(٤) في هـ : وهب له يوم النفقة .

(٥) سورة البقرة ، الآية (١٧٧) .

فولاؤها[1] لجميع المسلمين .

ولو تزوج عبد حرة فولـدت منه أولاداً ، فعتـق [العبـد][2] مـن الزكـاة ، كـان ولاؤه وولاء ولده الأحرار لجميع المسلمين .

[في ولاء موالي المرأة وعقلهم]

وعقل موالي المرأة على قومـها وميراثـهم إن مـاتت هـي ، لولدهـا الذكـور ، فـإن لم يكن لها ولد فذلك لذكـور ولـد ولدهـا الذكـور دون الإنـاث ، وينتمـي مولاهـا إلى قومها كما كانت هي تنتمي ، فإذا انقرض ولدها وولد ولدها ، رجع ميراث مواليـها لعصبتها الذين [هم][3] أقعد بها يوم [مـوت][4] المـوالي دون عصبة الولـد ، وقالـه عدد من الصحابة والتابعين[5] .

[في ولاء ولد المعتقة من الرجل المسلم وبيع الولاء وهبته]

ومن أسلم فكان ولاؤه للمسلمين ، فتزوج امرأة من العرب أو من الموالي معتقـة ، فولدت منه أولاداً ، فولاء الولد للمسلمين ، فإن مات الأب ثم مات ولـده بعده كـان ميراثهم للمسلمين .

---

(١) في ك : فولاؤهم .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) ممن قال به من الصحابة عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب والزبير ، وممـن قـال بـه مـن التـابعين أبان بن عثمان وابن شهاب ويحيى بن سعيد . انظر : المدونة (٣/٣٦٩ ـ ٣٧٠) .

وكل حرة من العرب أو معتقة تزوجها حر عليه ولاء ، فإنه يجر ولاء ولده منها إلى مواليه ، ويرث ولده من كان يرث الأب إن كان الأب قد مات ، ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته ولا صدقته .

[في جرِّ الولاء وانتقاله]

وإذا تزوجت الحرة عبداً فولدت منه أولاداً ، كان ولاء الولد لموالي الأم مادام الأب عبداً ، فإن عتق الأب[1] جر ولاءهم لمعتقه ، وهذا كولد الملاعنة ينسب إلى موالي أمه وهم يرثونه ويعقلون عنه ، ثم إن اعترف به أبوه ، حد ولحق به ، وصار ولاؤه لموالي أبيه وعقله عليهم ، وكذلك لو كان لولد العبد من الحرة جد أو جدُّ جدٍ حرٍ قد عتق قبل الأب[2] ، لجرِّ ولاءهم إلى معتقه .

[في الشهادة في الولاء والإقرار به]

ولا تجوز شهادة النساء في ولاء ولا نسب ولا عتق ، لا على علمهن ولا على سماع ، قال مكحول[3]: لا تجوز شهادتهن إلا حيث أجازها الله تعالى في الدَّين ، والشهادة على الشهادة في الولاء جائزة ، وشهادة رجلين تجوز على شهادة عدد كثير .

قال مالك : وإن شهد رجلان على السماع أن هذا الميت مولى فلان أعتقه ،

---

(١) في ق و ك : العبد .

(٢) في هـ : قبل العبد الأب .

(٣) هو مكحول بن أبي مسلم شهراب بن شاذل ، أبو عبد الله الهذلي بالولاء ، فقيه الشام في عصره ، من حفاظ الحديث ، قال الزهري : لم يكن في زمانه أبصر منه بالفتيا ، توفي سنة ١١٢هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (١٠٧/١)، الحلية (١٧٧/٥)، البداية والنهاية (٢٥٤/٩).

تأتى الإمام ، فإن لم يأت من يستحق ذلك قضى له بالمال مع يمين الطالب ، ولا يجر بذلك الولاء ، وقال أشهب : يكون له ولاؤه وولاء ولده بشهادة السماع[1].

قال[2]: وكذلك لو أقر رجل أن فلاناً مولاه ، ثم مات ولم يُسأل أمولى عتاقة أو غير عتاقة ؟! رأيته مولاه ويرثه بالولاء .

قال ابن القاسم : وإن شهد شاهد [واحد][3] على السماع ، لم يحلف معه ، ولا يستحق به من المال شيئاً ؛ لأن الشهادة على السماع إنما هي شهادة على شهادة ، فلا تجوز شهادة واحد على شهادة غيره .

قال غيره[4]: وإذا شهد شاهد على البت[5] في الولاء أو في النسب[6]، لم يحلف

---

(١) قول أشهب هنا هو رواية له عن مالك ، والمعتمد في المذهب رواية ابن القاسم أن الشهادة على السماع يثبت بها المال مع اليمين ، إلا أنها لا يثبت بها الولاء ، وإلى ذلك أشار خليل بقوله : « وإن شهد واحد بالولاء أو اثنان بأنهما لم يزالا يسمعان أنه مولاه أو ابن عمه لم يثبت ، لكنه يحلف ويأخذ المال » . انظر : التقييد (١٤٣/٣)، مختصر خليل (٢٨٥)، منح الجليل (٥٠٠/٩).

(٢) هذا يحتمل أن يكون من كلام أشهب ، وهو موافق لقول ابن القاسم . انظر : التقييد (١٤٣/٣)، المدونة (٣٧٢/٣) .

(٣) سقطت من ز و هـ و ق .

(٤) الغير هنا : أشهب ، كما في نسخة هـ ، وكما في التقييد ، ومذهبه هنا موافق لمذهب ابن القاسم . انظر : التقييد (١٤٢/٣ ـ ١٤٣) .

(٥) في ز : وإذا شهد ناس على النسب .

(٦) في ز : أو النسب .

معه ويستحق المال[١] ؛ لأن المال لا يستحق حتى يثبت الولاء أو النسب ، وثبوتهما لا يتم إلا بشاهدين ، ألا ترى أن مالكاً قال في أخوين أقر أحدهما بأخ وأنكر الآخر ، أن المقر به[٢] لا يحلف ويثبت مورثه من جميع المال[٣] ؛ لأنه لا يثبت له المال إلا بثبات النسب ، ولكن يعطيه المقر ثلث ما في يديه .

وقال غيره[٤]: إنما استحسن في شاهد[٥] على البت في الولاء ، وبشاهدين[٦] على السماع إن قضى له بالمال مع يمينه بعد الاستثناء ؛ لأن المال ليس له طالب ولا نسب معروف ، كما أن إقرار الأخ بأخيه يوجب له أخذ المال ، ولا يثبت له النسب . وقد قال مالك نحو هذا في كتاب الشهادات[٧].

قال ابن القاسم : ومن أقام بينة على أن هذا الميت مولاه ، لا يعلمون له وارثاً غيره ، لم تتم الشهادة حتى يقولوا : أعتقه أو أعتق أباه ، أو يشهدوا على إقرار الميت أنه مولاه ، أو على شهادة بينة أن هذا مولاه .

قال أشهب : إن قدر على البينة لم يقض بها حتى يكشفوا عن ذلك ، وإن لم يقدر عليهم حتى ماتوا ، قضي له بالمال وبالولاء[٨].

---

(١) أي لم يحلف ولم يستحق المال .

(٢) في هـ و ق : المقر له .

(٣) أي لا يحلف ولا يثبت مورثه من جميع المال .

(٤) الغير هنا لعله أشهب ؛ لأن الكلام ـ كما ترى ـ كأنه بقية كلامه المتقدم .

(٥) في ق : في الشاهد .

(٦) في ق : وبشاهدين .

(٧) سيأتي كتاب الشهادات في الجزء الرابع .

(٨) قول أشهب هنا لا يخالف قول ابن القاسم ، وإنما تكلم ابن القاسم على حال حضور الشهود =

ومسألة شهادة الأعمام وبنيهم في الولاء مذكورة في كتاب الشهادات .

ومن أقر أن فلاناً أعتقه وفلان يصدقه ، فإنه يستحق بذلك ولاءه وإن أكذبه قومه ، إلا أن تقوم بينة[1] بخلاف ذلك فيؤخذ بها ، وكذلك إن أقر بذلك عند الموت ، فإنه يصدق ويرثه فلان إن لم تقم بينة بخلاف ذلك .

ومن أقر أن أباه أعتق هذا العبد في صحة أو مرض ، والثلث يحمله ، فإن لم يرث الأب غيره ، جاز العتق ولزمه ، وكان ولاؤه للأب ، وإن كان معه وارث غيره ، لم يجز قوله . وهذا مذكور في كتاب العتق[2] .

[في التداعي في الولاء]

وإذا أُعتقت أمة وهي تحت حر ، فولدت منه ولداً ، وقالت : عُتقتُ وأنا به حامل ، وقال الزوج : بل حملت به بعد العتق فولاؤه لمواليَّ[3] ، فالقول[4] قول الزوج .

قال أشهب : ولو أقر الزوج بقولها ، لم يصدق إلا أن تكون بيِّنةَ الحمل يوم العتق ، أو تضعه لأقل من ستة أشهرٍ من يوم العتق[5] .

= ومقدرتهم على البيان ، وتكلم أشهب على حال عدم قدرتهم لغيبتهم فكلام أشهب هنا تفسير وتتميم لقول ابن القاسم . انظر : التقييد (١٤٤) .

(١) في هـ : بذلك بينة .

(٢) تقدم كتاب العتق في هذا الجزء .

(٣) في هـ : لموالي الزوج . وفي ز : لموالي أبيه .

(٤) في هـ : والقول .

(٥) قول أشهب هنا موافق لقول ابن القاسم ، وهو المعتمد ؛ لأن إقرار الزوج هنا ليس إقراراً منه =

ومن ادعى أنه ابن فلان ، أو أبوه ، أو أنه مولاه من أسفل أو مــن فـوق ، وفـلان يجحد ، فله إيقاع البينة عليه ، ويقضى له ، وكذلك في الأمومة والأخوة .

ومن مات وترك ابنتين فادعى رجل أنــه أعتـق هـذا الميـت وأنـه مـولاه ، وصدقتـه إحدى الابنتين ، لم يأخذ مما بيدها شيئاً ، ولا يثبت له ولاء ، فإذا ماتت ولم تَدَعْ وارثاً غيره ولا عصبة فإنه يحلف ويرثها ، ولو أقرت البنتان أنه مـولى أبيـهما وهمـا عدلتـان ، حلف معهما وورث الثلث الباقي إن لم يأت أحد بأحق مـن ذلـك مـن ولاء ولا عصبـة ولا نسب معروف ، ولا يستحق بذلك الولاء .

وقال غيره[1]: لا يحلف مع إقرارهما ، ولا يرث الثلث الباقي ؛ لأنهما شهدتا على عتق ، وشهادتهما في العتق لا تجوز .

[2] ولو أقرتا[3] أنه مولاهما ورثهما إذا لم يعرف باطل قولهما ، كمن أقـر أن فلانـاً مولاه ، ولا يعرف كذبه .

ومن قال : فلان أعتقني فأنكر ذلك فلان ، فلا يمين عليه . قيل : فإن أقام شـاهداً واحداً أتُحْلِفه ، فإن أبى سجنته ؟ قال : لا أسجنه ، ولكن يقــال لـه[4]: إئـت بشـاهد آخر وإلا فلا ولاء له عليك .

= على نفسه فيصدق ، وإنما هو إقرار على مواليه ، حيث إنه بـإقراره ينقـل ولاء ولـده الـذي هـو لمواليه إلى موالي الأم . انظر : التقييد (٣/١٤٤) .

(١) لم أقف على تعيين الغير هنا ، والمعتمد قول ابن القاسم .

(٢) في هـ : قال سحنون .

(٣) في ز : ولو أقرت .

(٤) في ق و ز : لهذا .

والرجلان يدعي كل واحد منهما أنه مولى فلان من فوق ، وفلان مقر بأحدهما وأقاما البينة ، فإنه يُقضى لأعدلهما بينة ، ولا ينظر إلى إقرار المولى لأحدهما ، فإن تكافأت البينتان سقطتا ، وكان الولاء للمقر له [منهما][1] كحق حازه[2].

ومن ورث رجلاً بولاء يدعيه ، ثم أقام آخر البينة أنه مولاه ، وأقام قابض الميراث مثلها ، وتكافأتا ، فالمال بينهما . قيل : ولم ؟ وقد قال مالك : إذا تكافأت البينتان فإن المال للذي هو في يديه . قال : إنما ذلك إذا لم يعرف أصل المال ، وهذا قد عرف أصله .

وقال غيره[3]: هو للذي [هو][4] في يديه ، كمن في يده ثوب فادعاه رجل ، وأقام بينة أن ذلك الثوب كان لزيد يملكه ، وأن المدعي اشتراه منه ، وأقام حائزه بينة مثلها ، وقد مات البائع ولم تؤرخ البينتان ، وهما في العدالة سواء ، سقطت البينتان ، وبقي الثوب لحائزه ، ويتحالفان[5].

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) في ز : كحق بيده حازه .

(٣) لم أقف على تعيين الغير هنا ، والمعتمد قول مالك وابن القاسم .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) هذه المسألة لا يخالف فيها مالك وابن القاسم ، لكن قياس المسألة المتقدمة عليها قياس مع الفارق ؛ لأن حيازة قابض الميراث هنا ليست حيازة صحيحة ، ولو رفع أمره إلى الحاكم لمنعه من أخذ المال وحيازته بدعواه ، بخلاف الثوب الذي وصل إلى يده عن طريق شراء أو لقطة ، فحيازته له حيازة صحيحة ، والمعتمد ـ كما قدمنا ـ قول مالك وابن القاسم . انظر : التقييد (١٤٥/٣) .

[في ميراث الولاء بالأقعد ، وميراث النساء من الولاء]

ومن مات وترك موالي ورث ولاءهم أقعد الناس بالميت من الذكور ، فإن ترك الميت [ابنين][1] ورثا [ولاء مواليه ، ثم إن مات أحدهما وترك ولداً ، فولاء الموالي[2] لأخ الابن الميت دون ولده ، وإن مات الابنان جميعاً وترك أحدهما ابناً والآخر أربع [بنين][3] ، كان ولاؤه بينهم أخماساً ، والابن وابن الابن أولى بالولاء][4] من الأب ومن الأخوة ، والأب أولى من الأخ ، والأخ وابن الأخ أولى من الجد ، وأخ لأبوين أولى من أخ لأب ، وأخ لأب أولى من ابن أخ لأبوين ، وابن أخ لأبوين أولى من ابن أخ لأب ، وابن أخ لأب أولى من ابن ابن أخ لأبوين ، والعم الشقيق أولى من العم للأب ، وابنه أولى من ابن العم للأب ، [و][5] هكذا حكم الولاء ، أن يرثه الأقعد بالميت الأول الذي أعتق دون ورثة من حازه بعده على ما ذكرنا ، وقاله عدد من الصحابة والتابعين[6] .

ولا يرث الأخ للأم من الولاء شيئاً ، وإن لم يترك الميت غيره ، والعصبة أحق منه إلا أن يكون من العصبة ، فيرث معهم .

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) في ك فولاء المولى . وفي ط : فولاؤه .

(٣) سقطت من ق .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٥) سقطت من ك و هـ .

(٦) ممن قال به من الصحابة : عثمان وابن عمر ، ومن التابعين : سعيد بن المسيب وخارجة بن زيد وسليمان بن يسار وطاووس وعبد الرحمن بن أبي بكر وعبد الله بن أبي سلمة . انظر : المدونة (٣/٣٧٨ - ٣٨٠) .

وإذا أعتق رجلان عبداً ، فمات أحدهما وترك عصبة أو بنين ، ثم مات المولى ، كان نصف ميراثه للحي ، والنصف لورثة الميت الذكور .

قال سليمان بن يسار : لا يرث الرجل ولاء موالي امرأته ، ولا المرأة ولاء موالي زوجها .

ومن مات وترك بنات لصلبه وابن ابن أو عصبة ، وترك موالي كان ولاؤهم لابن الابن[1] والعصبة دون البنات .

ولا يرث أحد من النساء ولاء من أعتق أب لهن أو أم أو أخ أو ابن ، والعصبة أولى[2] بالولاء منهن ، فإن مات مولى لأب لهن أو لأخ ولم يدع وارثاً ولا عصبة لمولاه ، فميراثه لبيت المال دونهن .

ولا يرث النساء من الولاء إلا من أعتقن أو أعتق من أعتقن ، أو ولد من أعتقن من ولد الذكور ، ذكراً كان [ولد هذا الذكر][3] أو أنثى .

ومولى النعمة أحق بميراث الميت من عمة الميت وخالته ، ولو انفردتا لم ترثا ، ويكون ما ترك الميت للعصبة .

وإذا أعتقت امرأة امرأة فولدت المعتقة من الزنا أو من زوج ، ثم نفاه ولاعن فيه ، كان ميراث هذا الولد للمرأة التي أعتقت أمه .

ومن اشترى أخاه فعتق عليه ، كان له ولاؤه .

---

(١) في ق و ك : لبني الابن .

(٢) في هـ و ز : أحق .

(٣) سقطت من هـ .

ولو أن ابنتين اشترتا أباهما فعتق عليهما ثم مات ، ورثتا منه الثلثين بالنسب ، والثلث بالولاء ، إذا لم يكن ثم وارث غيرهما .

[فإن هلكت إحدى البنتين قبل الأب ، فمالها لأبيها ، ثم إن هلك الأب بعد ذلك فلابنته ، الأخرى النصف بالفريضة ونصف ما بقي بما أعتقت من أبيها][1].

وإن اشترت امرأة أباها ، فعتق عليها ثم مات ولم يدع وارثاً غيرها ، ورثت جميع المال : النصف بالنسب والنصف بالولاء .

ولو كان الأب بعد عتقه اشترى ابناً له فعتق عليه ، ثم مات الأب ورثه الابن والابنة للذكر مثل حظ الأنثيين ، ثم إن مات الابن ورثته أخته النصف بالنسب ، والنصف بالولاء ؛ لأن الابن مولى أبيه والأب مولى لها ، وهي ترث بالولاء من أعتقت ، أو أعتق من أعتقت .

[في ذكر الغراء[2]]

وإن ماتت امرأة وتركت أمها وزوجها وأختاً شقيقة أو لأب وجداً ، فهي الغراء ، لزوجها النصف ، ولأمها الثلث ، وللجد السدس ، ويربى للأخت بالنصف . ولو تركت أختين[3] ، لم تكن غراء ؛ لأن الأم ترجع إلى السدس ، فيبقى

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ك .

(٢) قيل : سميت بالغراء لانفرادها بحكمها ، وكونها لا نظير لها كغرة الفرس ، لكون الجد والأخت فيها يرثان معاً ، وقيل : وجه تشبيهها بغرة الفرس لشهرتها ، وقيل غير ذلك ، وتسمى أيضاً بالأكدرية ، وقيل سميت بذلك لأن عبد الملك بن مروان طرحها على رجل يقال له أكدر كان عليماً بالفرائض فأخطأ فيها . انظر : القبيد (١٤٦/٣) ، منح الجليل (٦٢٤/٩) .

(٣) في هـ : شقيقتين .

للأخوات[1] السدس ، ولا يربى لهن بشيء .

[في توارث أهل المدائن المفتوحة وشهادة بعضهم لبعض في الأنساب]

وكل بلدة فتحت عَنوة فأقر أهلها فيها ثم أسلموا ، فشهد بعضهم لبعض ، فإنهم يتوارثون بأنسابهم التي كانت في الجاهلية وهم على أنسابهم التي كانوا عليها ، كما كانت العرب حين أسلمت ، وكذلك الحصن يفتح وشبهه بخلاف العدد القليل يتحملون إلينا . وهذا مذكور في كتاب أمهات الأولاد[2] .

ومن مات من قيس أو غيرها لم يرثه منهم إلا عصبته دنيا[3] ممن يحصي ويعرف ، وإن التقوا معه إلى أب جاهلي بعد عشرة آباء أو أكثر ؛ لأن ذلك أمر معروف ، وذلك إذا كان هؤلاء الذين يلتقون معه إلى الجد يحصون ويعرفون ، ولا أُورّث القبيلة ، إذ لا أدري عدتهم ولا من يستحقه منهم ، وكم يجب لمن قام يطلب [ذلك][4] منهم من جملة المال ، ولا يورث أحد إلا بيقين .

قال ربيعة : وكل امرأة[5] تحملت إلينا وهي حامل ، فولدت عندنا فإنه يوارثها ، ومن قذفه بها فهو مُفْتَرٍ ، وإن جاءت بغلام مفصول وادعت أنه ولدها ، فإنه لا يلحق بها في ميراث ، ولا يجلد من افترى عليه بها .

---

(١) في هـ : فيبقى للأختين .

(٢) وقد تقدم في هذا الجزء .

(٣) أي الأقربون ـ كما تقدم ـ . وفي أغلب النسخ : ديناً . والمثبت موافق لما في التقييد والمدونة .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) في ق : امرأة حامل .

[في المواريث بالشك ، ومن لا يُدرى أولهما موتاً]

وإن ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ـ وهو أبو الولد ـ : ماتت قبله ، وقال آخر : المرأة ماتت بعده ، فإن لم يعلم أولهما موتاً ، لم يرث المرأةَ الولدُ ، ولا الولدُ المرأةَ ، ويرث كل واحد منهما أحياءُ ورثته ، ولا يرث الموتى بعضهم من بعض ، إذا لم يعرف أولهما موتاً ، وإذا أعتقت أمة تحت حر ، فمات زوجها ، فقالت : عتقت قبل موته ، وكذلك قال سيدها ، وقال ورثة الزوج : بل بعد موته ، فلا ميراث لها منه ؛ إذ لا يورث بالشك .

وإذا مات المولى ومعتقه ، وجهل أولهما موتاً ، لم يتوارثا ، وميراث المولى الأسفل لأقرب الناس من سيده من الذكور ، وكذلك إذا مات المتوارثان[1] بقتل أو بغرق أو بهدم ، ولا يدرى أولهم موتاً ، فلا يتوارثان ، ويرث كل واحد منهما ورثته للأحياء .

[في الولدين يختلفان في دِيْنِ أبيهما ، والميراث في ذلك]

ومن مات وترك ولدين مسلماً ونصرانياً ، كلاهما[2] يدعي أن الأب مات على دينه ، وأقاما على ذلك بينة مسلمين ، وتكافأتا في العدالة أو لم تكن لهما بينة ، فالميراث يقسم بينهما ، كمالٍ يدعيانه ، وإن كان قد صلى هذا المسلم على أبيه ، ودفنه في مقبرة المسلمين ، فليست الصلاة بشهادة ، ولو لم يأتيا ببينة ، وقد كان يعرف بالنصرانية ، فهو على ذلك ، وابنه النصراني أحق بميراثه ، حتى

---

(١) في ك : الوارثان . وفي هـ : الوارثون .

(٢) في هـ : كل واحد منهما .

يثبت أنه مات مسلماً . قال غيره[1]: إلا أن يقيما بينة وتتكافأ ، فأقضي بالمال للمسلم .

[فيمن أقام بينة في ميراث قد قضى به لآخر أو في دار أنها لأبيه وله ورثة سواه غياب]

ومن أقام بينة أنه ابن فلان الميت ، أو أنه مولاه أعتقه ، لا يعلمون له وارثاً غيره ، قَضَيْتُ له بميراثه ولم آخذ منه كفيلاً بالمال ، فإن أتى بعد ذلك غيره يدعي الولاء في المولى وجاء ببينة ، سمعت حجته ، وقضيت بأعدل البينتين .

قال ابن القاسم : ومن أقام بينة في دار أنها لأبيه وقد ترك أبوه ورثة سواه غيباً[2] ، فإنه يمكّن من الخصومة في الدار ، فإن استحق[3] حقاً لم يقض له إلا بحظه منها ، ولا يُنزع باقيها من يد المقضي عليه ، إذ لعل الغُيَّب [4] يقرون بها للمحكوم عليه بأمر جهله هذا المدعي ، فإذا قدموا فادعوا كدعوى الحاضر ، كان ذلك القضاء لهم نافذاً ، وإن قدموا قبل القضاء وبعد أن عجز الأول عن منافعه كانوا على حجتهم ، إن كانت لهم حجة غير ما أتى به الأول .

---

(١) لم أقف على تسمية الغير هنا ، وقد تقدم قوله هذا في كتاب الشهادات ، وعلله هناك بأن بينة المسلم زادت حين شهدت أنه مسلم ، لكن قوله أنها زادت يناقض قوله بتكافؤ البينتين ، والمعتمد في المذهب مذهب ابن القاسم أنه إن تكافأت البينتان أو لم تكن لهما بينة أصلاً اقتسما الميراث بينهما . انظر : منح الجليل (٨/٥٤٧) .

(٢) في ك : غياباً .

(٣) في هـ : استحقها .

(٤) في ز : الغيّاب .

وقال أشهب : ينتزع الحق كله ، فيعطى لهذا حقه ويوقف حق الغُيّب ، وكذلك كتب مالك إلى ابن غانم ، ورواه ابن نافع عن مالك[1].

[في ميراث ابن الملاعنة]

وإذا هلك ابن الملاعنة وترك مالاً ، ولا وارث له غير موالي أمه ، كان ميراثه لهم ، وإن ترك أمه كان لها الثلث ولمواليها ما بقي ، ولا يرثه خال ولا ابن خال ، ولا جده لأمه ، وإن ترك مع أمه أخوة لأم ، فللأم مع واحد منهم الثلث ، ومع الاثنين فصاعداً السدس ، وللواحد منهم السدس وللاثنين فصاعداً الثلث بينهم سواء ، حظ الأنثى والذكر فيه سواء ، وما بقي فلموالي أمه ، وإن كانت[2] من العرب كان ما بقي لبيت المال ، ولو كان له ولد ذكر أو ولد ولد ، كان لأمه السدس ، وما بقي لولده أو لولد ولده الذكور .

وإن ترك ابن الملاعنة موالي أعتقهم ، كان ولاؤهم لذكور ولده أو لذكور أبنائهم ، فإن لم يكونوا ، فليس لأمه ولا لأخيه[3] لأمه ولا لخاله ولا لجده لأمه شيء من ولاء مواليه ، وولاؤهم لموالي أمه إن كانت معتقة ، وإن كانت عربية فللمسلمين .

---

(١) والمعتمد رواية ابن القاسم عنه أن باقيها لا ينزع من يد المدعى عليه ، حتى يأتي الورثة الغُيّب للاحتمال الذي ذكره ، ولأن الغيب عليهم اليمين أنهم ما باعوا ولا وهبوا ولا علموا أن أباهم باع ولا وهب ، فكأن الحكم لم يتم أو لم يجب لهم شيء حتى يحلفوا . انظر : معين الحكام لابن عبد الرفيع (٢/٦٣٤)، التقييد (٣/١٤٨) .

(٢) في ق : كان .

(٣) في هـ : لإخوته .

قال عروة بن الزبير وغيره[1]: وكذلك ولد الزنا .

[في القول في مال المرتد وميراثه وتوارث أهل الملل]

ومن ارتد ولحق بدار الحرب ، وقف ماله حتى يعلم أنه مات ، فإن رجع إلى الإسلام كان أولى بماله ، وإن مات على ردته ، كان ماله للمسلمين ، ولا يرثه ورثته المسلمون ولا النصارى ، ومن مات من مواليه وهو في حال ردته ، ورثه أولى الناس بالمرتد من ورثته المسلمين ممن يرث الولاء عنه ، ثم إن أسلم المرتد لم يرجع بذلك عليهم ، وكذلك من مات له من ولد وغيره .

وإذا ارتد الأسير طائعاً ، أو لا[2] يعلم أطائعاً أم مكرهاً ، بانت منه زوجته ، وإن علم أنه ارتد مكرها لم تَبِنْ منه زوجته .

ولا يتوارث أهل الملل من أهل الكفر ، وقد قال النبي ﷺ : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ، ولا يتوارث أهل ملتين [شيئاً][3] »[4].

---

(١) وهو قول مالك ، وممن قال به عطاء بن أبي رباح وابن شهاب وربيعة والحسن وسليمان بن يسار . انظر : المدونة (٣/٣٨٧ ـ ٣٨٨) .

(٢) في ق و ك : ولا .

(٣) سقطت من ز .

(٤) الحديث بهذه الزيادة « ولا يتوارث أهل ملتين » رواه أبو داود (٢٩١١) كتاب الفرائض ، باب هل يرث المسلم الكافر ، والترمذي (٣١٠٨) في الفرائض باب لا يتوارث أهل ملتين ، وابن ماجه (٢٧٣١) في الفرائض باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ، وأحمد في المسند (٢/١٧٨،١٩٥) ، والحاكم (٢/٢٤٠) وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي ، والحديث أصله في الصحيحين من حديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ البخاري (٦٧٦٤)، ومسلم (١٦١٤) .

[في الحكم بين أهل الذمة في المواريث ، وميراث المسلم عبده الكافر]

وإذا تظالم أهل الذمة في مواريثهم لم أعرض لهم ، إلا أن يتراضوا بحكم الإسلام ، فأحكم بينهم [به][1] ، وإلا رددتهم إلى أهل دينهم ، ولو كان ذلك بين مسلم ونصراني[2] لم يردوا إلى أحكام النصارى وحكم بينهم بحكم الإسلام ، ولم ينقلوا عن مواريثهم ، وروى ابن وهب أن مسلمين ونصارى اختصموا إلى عمر بن عبد العزيز في مورث ، فقسم بينهم على فرائض الإسلام وكتب إلى عامل بلدهم : إن جاءوك فاحكم بينهم بحكم الإسلام ، وإن أبوا فردّهم إلى أهل دينهم[3].

وما ترك العبد أو المكاتب النصراني إذا مات ، أو المرتد إذا قتل فلسيده ؛ لأنه يستحقه بالملك لا بالتوارث ، ومن ورث من عبده النصراني ثمن خمر أو خنازير ، فلا بأس بذلك[4] ، وإن ورث منه خمراً أهراقها أو خنازير سرَّحها[5] ، وقد ورث عبد الله [بن عمر][6] عبداً له نصرانياً[7] كان يبيع الخمر ويعمل بالربا[8].

---

(١) سقطت من ز ، وفي هـ : بحكم الإسلام .

(٢) في هـ : مسلم وذمي .

(٣) رواه عبد الرزاق في المصنف (٣٢٢/١٠) كتاب أهل الكتابين باب هل يحكم المسلمون بينهم .

(٤) في هـ : به .

(٥) في ز : سرحهم .

(٦) سقطت من ز .

(٧) في هـ : وروي أن عبد الله بن عمر ورث عبداً .

(٨) روى ذلك عنه مالك في المدونة (٣٩٠/٣) وفيها : فقيل لعبد الله ذلك ، فقال : قد أحلّ الله لي ميراثه وليس الذي عمل به في دينه بالذي يحرم عليّ ميراثه .

وقال النبي ﷺ : « كل ميراث قسم في الجاهلية ، فهو على قسم الجاهلية ، وكل ميراث أدركه الإسلام ولم يقسم ، فهو على قسم الإسلام »[1].

قال مالك : معناه في غير الكتابيين من مجوس وزنج وغيرهم .

وأما لو مات نصراني ثم أسلم وارثوه قبل أن يقسم ماله ، فإنه يقسم بينهم على قسم النصارى ، وإن مات مسلم ثم أسلم وارث له قبل أن يقسم ماله ، فلا يرثه ، وإنما يرثه من كان مسلماً يوم مات .

وقال ابن نافع وغيره[2]: الحديث عام في الكتابيين وغيرهم من أهل الكفر ، قال ربيعة : ولو مات مسلم ثم تنصر ولده بعده قبل قسم ماله ، لَقُتِل إن كان قد بلغ الحلم ، وجُعل ميراثه من أبيه في بيت المال ؛ لأنه قد وجب له[3].

[في إقرار أحد الورثة بوارثه]

ومن مات وترك ابنين فأقر أحدهما بأخت له ، فليعطيها خمس ما في يديه ، ولا تحلف الأخت مع الأخ المقرِّ بها ؛ لأنه شاهد ، ولا يحلف في النسب مع شاهد واحد .

---

(١) رواه أبو داود (٢٩٠٦) كتاب الفرائض ، باب فيمن أسلم على ميراث . وابن ماجه (٢٧٥١) كتاب الفراض ، باب قسمة المواريث .

(٢) في المدونة : « وغيره من كبار أهل المدينة » . انظر : المدونة (٣٩١/٣) .

(٣) لأن أباه مات عنه وهو مسلم ، والميراث يجب له بمجرد موت أبيه عنه وهو مسلم ، ويحرزه بذلك ، فإذا تنصر بعد ذلك وقُتل على النصرانية بعد الإسلام فليس لأحد أن يرث ما ورث مسلماً كان أو كافراً ؛ لأنه مرتد ، وميراث المرتد في بيت مال المسلمين . انظر : المدونة (٣٨٩/٣) .

وإن أقر أحد الابنين بزوجة لأبيه ، أعطاها ثمن ما في يديه . وإن هلكت امرأة وتركت زوجها [وأختها ، فأقر الزوج بأخ [لها][1] وأنكرته][2] الأخت ، لم يعطه الزوج شيئاً .

تم كتاب الولاء والمواريث بحمد الله وعونه

وبتمامه يتم الجزء الثاني من التهذيب

يليه الجزء الثالث

إن شاء الله

* *

(١) سقطت من ق .

(٢) من قوله « وأختها » سقطت من ز .



فهرس الموضوعات

﴿ كتاب الذبائح ﴾

﴿ كتاب الضحايا ﴾

﴿ كتاب الجهاد ﴾

﴿ كتاب الأيمان والنذور ﴾

﴿ كتاب النكاح الأول ﴾

« كتاب النكاح الثاني »

﴿ كتاب النكاح الثالث ﴾

﴿ كتاب الظهار ﴾

﴿ كتاب التخيير والتمليك ﴾

﴿ كتاب الإيلاء ﴾

﴿ كتاب اللعان ﴾

﴿ كتاب الأيمان بالطلاق ﴾

﴿ كتاب إرخاء الستور ﴾

﴿ كتاب العدة وطلاق السنة ﴾

« كتاب الرضاع »

﴿ كتاب الاستبراء ﴾

« كتاب العتق الأول »

﴿ كتاب العتق الثاني ﴾

﴿ كتاب التدبير ﴾

﴿ كتاب المكاتب ﴾

« كتاب أمهات الأولاد »

﴿ كتاب الولاء والمواريث ﴾

* * *